

FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL

ÉLDER TEODOROVICZ

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:  
DO UTILITARISMO À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

UNIÃO DA VITÓRIA

2020

ÉLDER TEODOROVICZ

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:  
DO UTILITARISMO À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral.

UNIÃO DA VITÓRIA  
2020

## FICHA DE CATALOGAÇÃO

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**ÉLDER TEODOROVICZ**

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:  
DO UTILITARISMO À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil -UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

RODRIGO LEITE  
FERREIRA  
CABRAL-03101043948

Assinado de forma digital por  
RODRIGO LEITE FERREIRA  
CABRAL-03101043948  
Data: 2021.09.01 16:21:52  
-0200'

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral  
PPGD UniBrasil

Membros: Prof. Dra. Allana Campos Marques Schrappe  
PPGD UniBrasil



RODRIGO  
REGNIER CHEMIM  
GUIMARAES-7595  
6470968

Assinado de forma  
digital por RODRIGO  
REGNIER CHEMIM  
GUIMARAES-75956709  
Data:  
2021.08.01  
18:03:17 -0200'

Prof. Dr. Rodrigo Régner Chemim Guimarães  
PPGD UniPositivo

Curitiba, 23 de dezembro de 2020.

***“Se os jornais noticiam frequentemente sobre crimes e processos, não resta dúvida de que é porque as pessoas se interessam por eles. (...) uma espécie de diversão para elas. Tentam fugir do cotidiano da própria vida, ocupando-se com a vida dos outros, e esta nunca é tão interessante como a que se transforma em um drama. O problema é que as pessoas assistem ao processo como se assistissem a um filme, em uma sessão de cinema: agem como se o delito e o Processo Penal não tivessem qualquer relação com pessoas nem com fatos, mas só com personagens, como nos filmes. (...) Na melhor das hipóteses, aqueles que as pessoas veem trancafiados nas jaulas dos tribunais, como animais de um jardim zoológico, são considerados como pessoas fictícias, não como seres humanos partícipes de uma triste realidade”.*** CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Campinas: Servanda, 2010. p. 11/14.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos professores do Mestrado Interinstitucional UniBrasil/Uniguaçu, por compartilharam conhecimento e não medirem esforços para o aprimoramento pessoal de cada aluno ali presente. Foi um imenso prazer aprender com vocês.

Agradecimento especial ao meu orientador, Professor Rodrigo Leite Ferreira Cabral, por compreender minhas dificuldades e por compartilhar o muito que sabe, renovando minha vontade de prosseguir na pesquisa e nos estudos em cada orientação repassada.

Aos meus pais, Juliana Finta Teodorovicz e Lourival Teodorovicz, por serem exemplos de vida e de dedicação com seus compromissos e afazeres, e por sempre incentivarem seus filhos a estudarem incansavelmente.

Ao meu irmão Professor Dr. Jeferson Teodorovicz pelo incentivo ao ingresso na vida acadêmica após mais de 10 anos de conclusão do meu bacharelado em Direito pela UFPR.

A minha, amiga e colega de trabalho Juliana Bianchini, pelo grande apoio dado durante a jornada de conclusão dos créditos do Mestrado.

## RESUMO

O trabalho ora apresentado tem como objetivo central investigar o instituto do acordo de não persecução penal a partir de duas perspectivas. A primeira sendo apontado como um instituto de roupagem utilitarista, que relativizaria os direitos do investigado a pretexto de gerar benefícios ao sistema de Justiça criminal. Frente a tal assertiva, enfrenta-se o problema da possível violação de direitos fundamentais e princípios constitucionais atinentes ao processo. Ademais, indaga-se: é cabível a sua adjectivação como puramente utilitarista ou o mesmo pode ser visto como um instituto que concretize um ideal de Justiça material? Diante de tais indagações necessário se faz uma análise do ANPP frente às duas teorias da filosofia política mencionadas; teoria utilitarista e a da justiça material - de John Rawls. A segunda perspectiva de análise do trabalho, será abordando o instituto como um meio de maximização destes direitos, a partir de uma atuação por parte do Ministério Público frente a uma necessária mudança na forma de enfrentamento à massiva rotina de trabalho vivenciada em todo o país junto ao sistema de Justiça criminal. No rastro dessas questões, o método de abordagem da pesquisa será o dedutivo, a partir da análise da doutrina, legislação e de direito comparado. Para tanto, o principal referencial teórico assenta-se nas discussões de John Rawls, Jeremy Bentham, Stuart Mill. No tocante ao instituto em si, o marco teórico são as obras do professor Rodrigo Ferreira Leite Cabral. Dentre as conclusões, aponta-se que o acordo não possui uma vinculação necessária apta a caracterizá-lo como instituto utilitarista, bem como que não viola os principais princípios e garantias constitucionais do investigado, ao contrário, sendo importante instrumento para a concretização de direitos fundamentais, a serem desenvolvidos pelos agentes do Ministério Público na persecução penal.

**Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Utilitarismo. Direitos fundamentais.**

## ABSTRACT

The work presented here has the central objective of investigating the institute of the non-criminal prosecution agreement from two perspectives. The first being pointed out as an institute of utilitarian clothing, which would put the rights of the investigated in perspective under the pretext of generating benefits to the criminal justice system. Faced with such an assertion, the problem of possible violation of fundamental rights and constitutional principles related to the process is faced. Furthermore, it is asked: is it possible to describe it as purely utilitarian or can it be seen as an institute that materializes an ideal of material justice? In view of such inquiries, it is necessary to analyze the ANPP in the light of the two theories of political philosophy mentioned; utilitarian theory and material justice - by John Rawls. The second perspective of analysis of the work, will be approaching the perspective of the same as a means of maximizing these rights, starting from an action on the part of the Public Ministry in face of a necessary change in the way of coping with the massive work routine faced throughout the country within the criminal justice system. In the wake of these issues, the method of approach to research will be deductive, based on the analysis of doctrine, legislation and comparative law. For that, the main theoretical reference is based on the discussions of John Rawls, Jeremy Bentham, Stuart Mill. With regard to the institute itself, the theoretical framework is the teacher's works Rodrigo Ferreira Leite Cabral. Among the conclusions, it is pointed out that he does not have a necessary link capable of characterizing him as a utilitarian, as well as that he does not violate the main constitutional principles and guarantees of the investigated, on the contrary, being an important instrument for the realization of fundamental rights, to be developed by prosecutors during a criminal investigation.

**Keyword: Plea Bargaining/Non-criminal prosecution agreement. Utilitarianism. Fundamental rights.**

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANPP. - Acordo de Não Persecução Penal

Art.- Artigo

CNMP. - Conselho Nacional do Ministério Público

CNJ. - Conselho Nacional de Justiça

CPP. - Código de Processo Penal

CP. - Código Penal

MPF – Ministério Público Federal

ONU.- Organização das Nações Unidas

Nº. – Número

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
1.1	DA JUSTIÇA CONSENSUADA NO BRASIL.....	19
1.2	INSTRUMENTOS DA JUSTIÇA CONSENSUADA NO DIREITO NORTE AMERICANO – <i>PLEA BARGAINING</i> .....	22
1.3	DA JUSTIÇA CONSENSUADA EM OUTROS PAÍSES – ALEMANHA, FRANÇA, ITÁLIA:.....	27
1.4	NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO.....	30
1.5	REQUISITOS PARA A APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	37
1.5.1	Requisitos objetivos e subjetivos.....	37
1.5.2.	Condições de existência e validade do ANPP.....	41
1.6	ANPP COMO EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE.....	43
<b>2</b>	<b>OS FUNDAMENTOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UTILITARISMO VERSUS JUSTIÇA MATERIAL?.....</b>	<b>49</b>
2.1	O UTILITARISMO E O ANPP.....	49
2.3	UMA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA MATERIAL: O ANPP E O VIÉS DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS.....	60
1.4	O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UTILITARISMO VERSUS JUSTIÇA MATERIAL?.....	71
<b>3</b>	<b>O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>75</b>
3.1	O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	78
3.2	O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO E A IGUALDADE DE ARMAS.....	83
3.3	O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO.....	88
3.4	O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DE UMA POLÍTICA DE PERSECUÇÃO PENAL ADOTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	97
<b>4</b>	<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>108</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>111</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a proposta de analisar o acordo de não persecução penal (ANPP) como um novo instituto no sistema jurídico brasileiro com potencial de concretização de direitos e garantias fundamentais. Na linha do título apresentado, o trabalho será dividido em três capítulos, segundo a ordem lógica descritiva.

No primeiro capítulo buscaremos fazer a análise do instituto em si, com uma introdução abordando seu conceito legal e doutrinário, assim como um exame de sua localização sistemática em nosso ordenamento jurídico. Esta análise inicial é necessária para o entendimento do panorama de regulamentação do objeto de estudo do presente trabalho, bem como o entendimento dos elementos necessários para o seu firmamento.

Já nessa análise introdutória, apresenta-se o problema da sua criação no sistema jurídico através de Resolução do CNMP, vindo posteriormente a ser inserido com o formato de lei federal, através do advento da Lei 13.964/2019, com vigência a partir de dezembro de 2019.

Os conceitos e problemas mencionados no presente item se fazem de forma introdutória, visando o detalhamento dos temas em capítulos posteriores do trabalho.

Também no primeiro capítulo proceder-se-á uma análise de institutos da “justiça consensuada” no sistema jurídico brasileiro, entendida tal expressão como a adoção de meios alternativos e consensuais de resolução de casos junto à esfera criminal que priorizem soluções mais amenas do ponto de vista das penalidades impostas aos acusados.

Para tanto, faz-se uma análise histórica dos instrumentos consensuais inicialmente surgidos no sistema jurídico brasileiro, para, após, proceder-se a uma verificação de institutos semelhantes no direito alienígena.

Dentre os países cujo sistema de justiça consensual é largamente utilizado, priorizou-se a análise dos quais há certa semelhança com o instituto do acordo de não persecução, em especial o norte-americano, chamado “*plea bargaining*”, que é apontado por muitos como a inspiração do modelo nacional, em que pesem as diferenças conceituais entre os dois.

Após, passa-se pela análise dos sistemas existentes na França, Alemanha e Itália, uma vez que o surgimento dos institutos consensuais em tais países possui semelhanças com a origem brasileira.

Neste ponto procederemos à análise da essência do acordo de não persecução, entrando-se no aspecto da sua natureza jurídica, da natureza jurídica das medidas abrangidas em sua barganha, da decisão que o homologa, bem como da sua colocação dentro das fases da persecução criminal.

Buscaremos também fazer uma análise técnica do instituto segundo os requisitos necessários ao seu firmamento, nos termos exigidos pela resolução 181/2017 do CNMP e o art. 28-A do CPP, inserido pela Lei 13.964/2019 (pacote anticrime).

Também verificaremos as consequências destas conclusões relativas à sua natureza jurídica e suas repercussões no tocante à sua constitucionalidade, em especial quanto à controvérsia existente em relação à inserção do instituto no sistema jurídico através de resolução do CNMP e uma suposta violação da norma constitucional expressa no art. 22, I, da CF.

Ressalta-se que, embora já haja a inserção do acordo de não persecução no sistema jurídico através da lei 13.964/2019, a questão se revela interessante do ponto de vista dogmático, e até mesmo legal, já que, formalmente, a Resolução 181 do CNMP está em vigor apenas naquilo que não contrariou as disposições do novo art. 28-A do CPP.

Por fim, analisar-se-á a questão atinente ao suposto antagonismo do acordo de não persecução com o princípio da obrigatoriedade, um dos mais importantes princípios vigentes no âmbito do processo penal, que visa resguardar a lisura e uniformidade de atuação do órgão acusador. Essa análise destina-se a verificar se há a compatibilidade deste novo instituto negocial com o princípio em questão.

Seguindo a linha lógica do tema do presente trabalho, uma vez feita, no primeiro capítulo, a análise do instituto do acordo de não persecução em si, no segundo capítulo, far-se-á uma abordagem sob um ponto de vista da filosofia política, direcionada para a sua avaliação como justo sob um ponto de vista filosófico, em especial quanto à observância dos preceitos estabelecidos na Constituição Federal como direitos e garantias individuais.

Esta análise é necessária, pois, em grande parte, a crítica que se faz aos institutos da justiça consensuadas tem-nos por objetos de um “utilitarismo

processual”, ou, ainda, adjetiva-os como “utilitaristas”. Sendo o utilitarismo uma teoria da filosofia política, é necessário verificar quais são suas premissas para uma análise de procedência ou não de tais críticas.

Assim, propõe-se a análise do acordo de não persecução inicialmente ante a perspectiva utilitarista de Jeremy Bentham, o mais consagrado autor utilitarista da filosofia política e expoente, portanto, da teoria frequentemente apontada como gênese ideológica do objeto de estudo.

Neste ponto, faz-se uma análise geral do que significa a teoria utilitarista, quais seus fundamentos e quais destes são utilizados como justificadores da implementação do acordo de não persecução penal junto ao sistema jurídico pátrio. Ao fim, suscita-se hipótese prática para análise de adequação do acordo de não persecução para um conceito de justiça utilitarista.

Uma vez analisado o conceito de justiça ante a teoria utilitarista proposta por Jeremy Bentham, no ponto seguinte far-se-á a análise do acordo de não persecução junto à teoria crítica ao utilitarismo desenvolvida por John Rawls, em especial em sua consagrada obra “Uma Teoria da Justiça”. Essa análise terá o objetivo de abordar o ANPP sob um ponto de vista de concretização da Justiça material segundo a teoria do filósofo político americano.

Uma vez que a teoria da justiça de John Rawls é considerada uma forte crítica à teoria utilitarista e o acordo de não persecução criminal é classificado por muitos autores como um instituto utilitarista, é pertinente a análise do ANPP sob esse viés. Interessa investigar, dessa maneira, se o instituto em questão pode ser visto como justo perante a mais forte crítica à teoria utilitarista. Em outras palavras, propor-se-á uma análise de adequação do acordo de não persecução perante tal teoria para se verificar se o ANPP pode ser visto como “justo” sob esse ponto de vista da teoria filosófica da justiça.

Analisadas as duas teorias de Justiça de maior repercussão na atualidade, concluiremos o estudo proposto quanto à verificação de aptidão do acordo de não persecução com uma ideia de justiça material ante a perspectiva de filosofia política, bem como sobre a possibilidade ou não de sua adjetivação como instituto utilitarista, sobretudo tendo em vista seu aprimoramento e uma análise crítica quanto ao respeito aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Por fim, no terceiro e último capítulo, o ponto a ser verificado concerne a análise do acordo de não persecução como um meio necessário à modernização do sistema de justiça criminal e que possibilita a pacificação social de maneira muito menos invasiva na sociedade como um todo, e a partir disto, pode ser visto como um meio de concretização de direitos e garantias fundamentais.

Parte-se da análise do que consistiriam as garantias fundamentais para, posteriormente, demonstrar-se a importância do ANPP como instrumento para a consolidação de inúmeros direitos e garantia fundamentais, necessários à modernização e evolução do sistema de justiça criminal.

Em arremate ao trabalho, finalizaremos com uma análise global de todos os pontos acima mencionados acrescidas de ponderações que entendemos pertinentes no intuito de aprimoramento do acordo de não persecução.

## 1 O INSTITUTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CRIMINAL: INTRODUÇÃO CONCEITUAL E SUA NORMATIZAÇÃO

Tendo o presente trabalho como objeto a análise do instituto do acordo de não persecução penal, faremos inicialmente a sua conceituação doutrinária, bem como verificaremos o seu posicionamento no sistema jurídico brasileiro, tanto do ponto de vista de sua regulamentação legal como da sua inserção dentro do sistema de persecução criminal, que notadamente possui duas fases, a pré-processual e a judicial, também chamada de processual.

Nessa senda, não obstante não haja uma definição precisa do instituto na sua regulamentação legal, este pode ser conceituado como negócio jurídico extraprocessual, no qual, através de acordo de vontades a ser firmado entre o agente do Ministério Público e o investigado (devidamente representado por defensor), por meio de confissão espontânea, deixa-se de instaurar um processo criminal, para, em contrapartida, o investigado assumir outras obrigações visando a reparação do dano cometido, a renúncia de eventuais instrumentos, proveitos e produtos obtidos em decorrência do crime, bem como cumprir uma medida alternativa a ser estabelecida pelo agente ministerial, em um acordo que deve ser homologado judicialmente<sup>1</sup>.

O ANPP pode ser visto de maneira abstrata como um negócio jurídico baseado em um acordo de vontades que gera uma decisão judicial em caráter criminal de forma mais célere que a forma tradicional e, de maneira geral, mais benéfica ao investigado, e que deixa de fazer uso de certos direitos ou garantias em prol de tal benefício.

Assim sendo, são elementos básicos do acordo a voluntariedade, a compreensão do réu dos seus termos, a existência de um substrato fático mínimo que aponte pela realização de uma conduta criminosa, e a presença de advogado acompanhando o seu firmamento.

Tal instituto surgiu no sistema jurídico brasileiro em 07 de agosto de 2017, com a edição da Resolução de n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público

---

1 “O Acordo de não persecução penal é um instrumento jurídico extraprocessual que visa, na esteira de uma política criminal de descarceirização, realização de acordos bilaterais entre o Ministério Público e o perpetrador de ilícitos penais para que cumpra determinadas medidas sem a necessidade de sofrer todas as mazelas que o processo criminal tradicional pode acarretar”. BARROS, F. D.; ROMANUIC, J. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. São Paulo: Editora JH Mizuno, 2019

(posteriormente alterada pela resolução de n. 183 também do CNMP)<sup>2</sup> que possui como objeto dispor sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, e se insere dentro de uma política que se tem denominado de “diversão”, advinda do termo inglês “*diversion*”, compreendido como tendência de resolução de processos criminais de maneira alternativa, com base na solução de caso antes da definição absoluta de culpa ou instrução probatória mais aprofundada<sup>3</sup>.

A mencionada resolução, em que pese ter sido editada para regulamentar o procedimento investigatório a ser conduzido pelos membros do Ministério Público, em seu capítulo VII, criou um instituto novo no ordenamento jurídico pátrio: o “acordo de não persecução penal”.

Sobre esta questão, no pronunciamento final do procedimento do qual resultou a Resolução n. 181/2017, mencionou-se que:

Diante dessas razões, é que esta Comissão entende que, com o acolhimento das propostas aqui delineadas, haveria um grande avanço na qualidade do nosso Sistema de Justiça, já que haveria: a) uma celeridade na resolução dos casos menos graves (evitando-se, inclusive, que o nosso STF tenha que discutir questões bagatelares menores, como vem fazendo, que são completamente incompatíveis com a relevância que deve ter um Tribunal Supremo); b) mais tempo disponível para que o Ministério Público e o Poder Judiciário processem e julguem os casos mais graves, tendo a possibilidade, de tal maneira, de fazê-lo com maior tranquilidade e reflexão; c) haveria economia de recursos públicos, já que os gastos inerentes à tramitação do processo penal seriam reduzidos (ou seja, menos processos judiciais, menos gastos); d) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, dando um voto de confiança aos não reincidentes, minorando, também, os efeitos sociais prejudiciais de uma pena e desafogaria, também, os estabelecimentos prisionais<sup>4</sup>.

Posteriormente, em 24 de dezembro de 2019, foi editado o chamado “pacote anticrime”, objetivado na Lei 13.964/2019<sup>5</sup>, que tem por objeto aperfeiçoar a

2 Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf> – acesso em 20-02-2019.

3 “Cabe ser observada a existência de um fenômeno recente dentro das ciências penais e que tem o objetivo de criar uma ponderação entre a criminalidade de massa e a vontade legislativa em aumentar o discurso penalizador. Referido fenômeno vem definido como “diversão”, opção de política criminal definida para resolução dos processos penais de maneira diversa daquelas ordinariamente adotadas no processo criminal, e consiste na solução antes de qualquer determinação ou de declaração de culpa”. BRANDALISE, R da S. **Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 24.

4 Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamentofinal.pdf>. Acessado em 04 fev. 2020.

5 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em 15 mar. 2020

legislação penal e processual penal, trazendo dentre inúmeras outras alterações legislativas, a inserção do art. 28-A no Código de Processo Penal, que criou o ANPP no âmbito do Código de Processo Penal de maneira mais abrangente e extensiva a todos os procedimentos investigatórios criminais, e não só aos conduzidos por membros do Ministério Público.

Isso posto, fixada sua conceituação bem como seus paradigmas legais, é necessário verificar o seu posicionamento dentro do sistema de persecução criminal para sua melhor compreensão.

Sob uma análise conceitual, a sua colocação dentro das fases de persecução criminal, embora haja doutrinadores que o definam como um negócio jurídico-processual<sup>6</sup>, é ponto nevrálgico para a presente análise, e indiscutível, que o instituto em questão é de aplicação no âmbito da persecução criminal em sua fase pré-processual, antes portanto da existência formal de um processo e do estabelecimento do contraditório.

Tal constatação, que será mais a frente trabalhada quando da análise da natureza jurídica do instituto, possui grande relevância dogmática, pois uma vez constatado que não possui natureza jurídica processual, o panorama das incidências normativas sobre o instituto tem alteração significativa, como por exemplo, extensão de certas garantias processuais que só são aplicáveis quando da existência de um processo formalmente dito<sup>7</sup>.

Feita esta pequena introdução conceitual, é mister verificar, de forma preliminar, os requisitos estabelecidos na resolução do CNMP e na Lei 13.964/2019 para a formalização de tal acordo, para se vislumbrar a sua forma de aplicação.

Ambos os dispositivos legais Resolução 181/2017 e art. 28A do CPP introduzido pela Lei 13.964/2019, preveem basicamente como condições para o firmamento do acordo de não persecução penal os seguintes requisitos: a) não ser o caso de arquivamento do procedimento investigatório; b) a pena mínima cominada ao delito objeto de investigação ser inferior a quatro anos; c) o crime não ser cometido com violência ou grave ameaça a pessoa; d) o investigado ter confessado

---

6 SUXBERGER, A. H. G. O Acordo de Não Persecução Penal: Reflexão a partir da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) Acordo de não persecução penal. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 101.

7 CABRAL, R. L. F. Acordo de Não Persecução: Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 1/17-CNMP), com as alterações da Resolução n. 183/18/CNMP. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p.37.

formal e circunstanciadamente a sua prática; e) assumir o compromisso de: reparar o dano à vítima, pagar prestação pecuniária, cumprir prestação de serviço ou cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Uma vez entabulado o acordo e cumpridas as condições firmadas, a consequência lógica disso é a declaração da extinção da punibilidade, nos termos do § 13º, do art. 28-A do CPP<sup>8</sup>.

É importante se notar que o acordo de não persecução foi inicialmente introduzido no sistema jurídico brasileiro através de Resolução do CNMP, como já dito, sendo que esta situação causou grande controvérsia doutrinária, na medida em que para dispor sobre tal matéria haveria a necessidade de edição de lei formal, oriunda da União nos termos do artigo 22, I, da Constituição da República.

Nesse contexto, foram ajuizadas duas ações diretas de inconstitucionalidade em face da Resolução 181/2017, a primeira de iniciativa do Conselho Federal da OAB - ADI 5.793, e outra de autoria da Associação dos Magistrados Brasileiros, ADI 5.790, sendo que ambas ainda não foram julgadas em definitivo<sup>9</sup>.

Ainda que o conteúdo da argumentação de tais ações de inconstitucionalidade esteja basicamente sustentado na impossibilidade de regulamentação do instituto através de Resolução do CNMP, é de se ressaltar que o Brasil não é o único país em que tal instituto pactual surgiu sem previsão legal expressa. Na Alemanha, a criação de acordos no processo penal teve origem semelhante, tendo sido, posteriormente, reconhecidos como constitucionais pela Suprema Corte Alemã.<sup>10</sup>

8 Até a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, alguns autores conceituavam o ANPP como uma forma de arquivamento condicionado, nesse sentido. ARAS, V. Acordos Penais no Brasil: Uma análise à luz do Direito Comparado. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 304

9 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359581>. Acesso em 20 fev. 2019.

10 "Na Alemanha os acordos formal até a consagração de sua importância na postura dos atores processuais, o que incitou o judiciário e, posteriormente, o legislativo a atuarem para sua regulação. Trata-se de fenômeno sem precedentes no debate jurídico mundial, ao passo que a barganha paulatinamente tornou-se rotina no direito germânico, amplamente reconhecido por seu apreço ao respeito à legalidade, supostamente de um modo imperceptível (ou, ao menos, não desvelado publicamente), o que Thomas Weigend descreve como "um elefante na sala", que não era discutido ou questionado". VASCONCELLOS, V. G.; MOELLER, U.; Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. **Bol. Mex. Der. Comp., México**, v. 49, n. 147, p. 13-33, 2016. Disponível em [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332016000300013&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332016000300013&lng=es&nrm=iso). Acesso em 21 jan 2019.

Assim sendo, o ato normativo que estabelece o acordo de não persecução penal previsto na Resolução n. 181/2017 ainda está parcialmente em vigor<sup>11</sup> e não foi expressamente revogado com o advento da Lei 13.946/2019. Embora não se revista formalmente do status de lei, o ato é plenamente válido, uma vez que não há a declaração de sua inconstitucionalidade, e aplicável naquilo que não contraria a redação do novo art. 28-A do CPP, em virtude do princípio da presunção de legalidade e constitucionalidade dos atos normativos.

Sobre isso, preleciona Luís Roberto Barroso:

a presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção *iuris tantum*, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente (...). Em sua dimensão prática, o princípio se traduz em duas regras de observância necessária pelo intérprete e aplicador do direito: (a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade; (b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor<sup>12</sup>.

Portanto, trabalharemos com a ideia de que a Resolução ora analisada é plenamente válida, constitucional e vigente, naquilo que não contrarie as disposições relativas ao ANPP estabelecidas pela Lei 13.946/2019, e sim complementa a sua regulamentação.

Traçado esse panorama geral acerca do ANPP, cumpre agora analisar o fenômeno da Justiça consensuada, tanto em sua variante no direito nacional quanto sua aplicação e nascimento no direito estrangeiro, fonte inspiradora para tais medidas no Brasil. Depois, analisaremos de forma mais intrínseca o instituto em si, começando pela sua natureza jurídica e das medidas nele impostas, de forma a visualizar o seu posicionamento perante o sistema jurídico pátrio, bem como a sua essência como ato pré processual.

---

11CABRAL, R. L. F. **Manual do Acordo de Não persecução Penal**. Salvador. Editora Juspodivum. 2020. p. 54.

12BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 164 – 165.

## 1.1 DA JUSTIÇA CONSENSUADA NO BRASIL

Como germe embrionário da tendência contemporânea dita “justiça consensuada”<sup>13</sup>, entendido este termo como aquela que busca meios consensuais de resolução de conflitos, apontam-se no direito nacional o surgimento da composição civil dos danos, para os casos de ação penal privada e ação penal pública condicionada à representação, a suspensão condicional do processo e a transação penal<sup>14</sup>, em casos de ação penal pública incondicionada, todos instituídos através da Lei 9099/95.

No caso de crimes com pena máxima até 02 anos de pena privativa de liberdade ou contravenções, que sejam de ação penal pública condicionada e ações penais privadas, a composição civil dos danos feita em audiência perante os Juizados especiais criminais, acarreta a renúncia ao direito de ação ou de representação em casos de ação penal privada ou condicionada a representação, respectivamente, nos termos do art. 74, parágrafo Único da Lei 9.099/95<sup>15</sup>, sendo este apontado como a primeira espécie de barganha com reflexos no *ius puniendi*, no direito pátrio<sup>16</sup>.

---

13 “A justiça criminal negocial (ou consensual) define-se como: “(...) modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.” VASCONCELLOS, V. G. de; **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. e-book. p 07.

14 “Buscando as origens da justiça consensual no Brasil, a Lei Federal no 9.099/1995, doravante chamada de Lei dos Juizados Especiais, pode ser considerada a primeira legislação específica que trata do tema em julgamentos criminais, embora a Lei Federal no 7.244/1984 tenha previsto anteriormente os contornos para chegar a uma solução consensual nos casos sob jurisdição Federal”. SOUZA, M. **Plea Bargaining no Brasil: O Processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. Salvador. Editora JusPodvm. 2019. p. 215.

15 “Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação”. BRASIL, Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm) Acesso em 11 mar. 2020

16 BRANDALISE, R. da S.; **Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 137/138.

Sendo o crime de ação penal privada, cabível a transação penal nos termos do art. 76 da Lei 9.099/95<sup>17</sup>, tal instrumento conciliador possui grandes diferenças em relação ao acordo de não persecução penal estabelecido na Resolução 181/2017 e no pacote anticrime pela Lei 13.964/2019, o qual inseriu o art. 28-A no Código de Processo Penal, na medida em que na transação penal, uma vez preenchidos os requisitos previstos, a pretensão punitiva é inteiramente disposta pelo Ministério Público em face do autor, em troca do cumprimento de certas obrigações pelo transacionante, as quais se resumem em regra na prestação de serviços à comunidade e a prestação pecuniária, não havendo demais formalidades<sup>18</sup>.

Outro instituto muito utilizado ao lado da transação penal, e também implementado através da Lei 9.099/95 é a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da mencionada lei, e que também é um instituto abrangido na tendência da “Justiça Consensuada”, mas que se diferencia pelo fato de ser aplicado quando já existente uma denúncia formal contra o acusado. Preenchendo certos requisitos previstos expressamente na lei, bem como assumindo certos compromissos, o processo será suspenso por um período de prova, findo o qual, não voltando a praticar novos fatos criminosos e cumpridos os compromissos assumidos, o processo é arquivado com a declaração de extinção da punibilidade<sup>19</sup>. Tal instituto, embora previsto na Lei dos Juizados Especiais, tem aplicação a qualquer crime com pena mínima abstrata de até um ano.

Tanto a transação penal quanto a suspensão condicional do processo, em que pese serem práticas apontadas como inaugurais da justiça consensual no país, ambos os institutos não se confundem com o acordo de não persecução penal ou ao seu instituto similar no direito norte-americano, o *plea bargaining*, na medida em que ambos os institutos previstos na Lei 9.099/95 possuem reflexos somente no

---

17 Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm) Acesso em 11 mar. 2020

18 “No Brasil, o instituto da transação penal da Lei 9.099/95 é considerado a semente da justiça consensuada ( da qual a negociada aparece como a mais promissora espécie), principalmente por que nela – transação penal – a pretensão punitiva é inteiramente disposta pelo Ministério Público em troca do cumprimento de obrigações pelo autor dos fatos, notadamente pecuniárias. Talvez a mais significativa diferença desse instituto com o do *plea bargaining* é que naquele não existe reconhecimento efetivo de culpa (*plea do nolo contendere*)” Ó SOUZA, Renee do. Sanches Cunha, Rogério. A legalidade do Acordo de Não Persecução Penal: Uma Opção Legítima de Política Criminal. In: Acordo de não persecução penal/ coordenadores: Rogério Sanches Cunha, Francisco Dirceu Barros, Renne do Ó Souza, Rodrigo Leite Ferreira Cabral 2 ed. Salvador. Editora JusPodivm. 2018.fl. 124.

19 VASCONCELLOS, V. G. de; **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. e-book. p. 07.

seguimento da ação, não na pena e na culpabilidade<sup>20</sup>, não havendo, necessidade de confissão dos fatos, estando mais próximos do que se denomina no direito americano de *nolo contendere*<sup>21</sup>.

Além das figuras supramencionadas, há inúmeros outros exemplos no direito pátrio de aplicação dessa tendência negocial no âmbito no direito penal<sup>22</sup>. Nessa linha também é de se mencionar os acordos de colaboração premiada, os quais segundo Orientação Conjunta 1/2018 do MPF, se definem como:

o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual, meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos, os quais são atendidos desde que advenha um ou mais dos resultados previstos no art. 4o da Lei 12.850/2013 e pode ser celebrado em relação aos crimes previstos no Código Penal e na legislação extravagante<sup>23</sup>.

Este tipo de acordo penal possui previsão em tratado internacional assumido pela República Brasileira, qual seja, a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional) e inicialmente tinha como foco a facilitação de obtenção de informações no tocante à prática de crimes cometidos por organizações criminosas<sup>24</sup>, sendo posteriormente estendido a prática de outros crimes, havendo nos dias de hoje, previsão do instituto até mesmo na Lei

---

20 “Como se pode notar, há um reconhecimento da viabilidade acusatória, já que o investigado se vê obrigado a confessar circunstanciadamente a prática do delito. Nesse aspecto, o acordo diferencia-se de outros institutos de Justiça negociada existentes no nosso ordenamento jurídico, como, por exemplo, a transação penal, e a suspensão condicional do processo, que não exigem a confissão. No entanto, à semelhança destes, a aceitação e cumprimento do acordo não causam reflexos na culpabilidade do investigado”. LIMA, R. B. de; **Pacote Anticrime**: Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo. Salvador: Editora JusPodvm. 2020. p. 218/219.

21 BRANDALISE, R. da S.; **Justiça Penal Negociada**: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 146

22 “[...]a barganha, a colaboração premiada, a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de leniência são mecanismos da justiça criminal negocial, pois se caracterizam como facilitadores da persecução penal por meio do incentivo à não resistência do acusado, com sua conformidade à acusação, em troca de benefício/prêmio (como a redução da pena), com o objetivo de concretizar o poder punitivo estatal de modo mais rápido e menos oneroso”. VASCONCELLOS, V. G. de; **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. E-book. p. 07.

23 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020. p. 2.

24 VASCONCELLOS, V. G. de; **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. E-book. p. 08.

de Crimes Hediondos em seu art. 8º, Parágrafo Único<sup>25</sup>, e também no art. 159, § 4º<sup>26</sup>, do Código Penal, no tocante ao crime de sequestro.

Neste aspecto, a colaboração é apontada como gênero, da qual são espécies a confissão, o chamamento de corréu, a delação e a colaboração processual em sentido estrito. Havendo esse tipo de colaboração durante o curso da investigação ou no curso do processo, pode ocorrer uma redução da pena ou algum outro benefício previsto nos diplomas legais que regulam o instituto em questão, podendo o instituto da colaboração premiada ser inserido dentro do âmbito da barganha processual penal<sup>27</sup>.

Desta feita, conforme acima exposto, há inúmeros outros institutos que refletem essa tendência de consenso no direito penal vigentes na legislação pátria, não sendo o acordo de não persecução penal figura *sui generis* e sim mais uma espécie de modelo de justiça consensuada, que tem por objetivo a racionalização das investigações e de soluções processuais existentes no sistema jurídico pátrio<sup>28</sup>.

Feita essa análise introdutória da justiça penal negociada dentro do sistema jurídico brasileiro, é mister agora proceder uma comparação com figuras correlatas existentes em sistemas jurídicos estrangeiros, que, em grande parte, influenciaram a criação do acordo de não persecução no país e podem ser vistos na perspectiva de análise histórica e com o intuito de seu aprimoramento no sistema jurídico pátrio, dadas as experiências práticas existentes em tais países ao longo dos anos.

25 “Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm) Acesso em 14 fev. 2020.

26 “§ 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 21 fev. 2020.

27 “Se fôssemos pensar uma estrutura escalonada de negociação, levando em consideração seus requisitos e condições impostas, seria disposta na seguinte ordem: 1º transação penal, 2º acordo de não persecução, 3º suspensão condicional do processo, 4º acordo de delação premiada”. LOPES JR. Aury. Direito Processo Penal - 17ª Edição 2020. Editora Saraiva. Edição do Kindle. p. 307.

28 “Segundo o relatório “Justiça em Números Z018”, elaborado pelo CNJ (2018, p. 156), o tempo médio de tramitação dos processos criminais baixados na fase de conhecimento do 1 grau é de três anos e nove meses, na Justiça Estadual. Note-se que o tempo médio de tramitação pode chegar a sete anos e dez meses no Rio Grande do Sul, seis anos e onze meses em São Paulo e seis anos e quatro meses no Rio Grande do Norte”. MESSIAS, M. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Lumens Juris. 2019. p. 62.

## 1.2 INSTRUMENTOS DA JUSTIÇA CONSENSUADA NO DIREITO NORTE AMERICANO – *PLEA BARGAINING*

No âmbito do direito estrangeiro o instituto mais conhecido na seara da Justiça negocial é o existente no direito norte-americano e denominado como *Plea Bargaining*, em que pese nos Estados Unidos da América haverem outros institutos semelhantes como *Plea Non Persecution Agreements* e *Deferred Prosecution Agreements*. Historicamente surgiu após a Guerra Civil norte-americana de forma mais sistematizada, porém existindo registros de sua aplicação antes mesmo de tal marco histórico<sup>29</sup>. Inicialmente houve ampla resistência a sua implementação pelas cortes estaduais, que foi superada com sua posterior difusão perante os estados componentes da Federação norte-americana<sup>30</sup>.

Embora existam registros históricos do seu surgimento nas décadas de 1830 e 1840 na cidade de Boston<sup>31</sup>, as barganhas tiveram realmente realce no sistema de justiça americano no final do século XIX, sendo amplamente utilizadas para a resolução de casos envolvendo a posse e comercialização de bebidas alcoólicas em razão do número massivo de casos envolvendo tal prática até então criminosa<sup>32</sup>.

Conceitualmente, o *Plea Bargaining*:

29“*Plea bargaining, the major means by which cases are funneled through the criminal justice process, is not a new practice. There is evidence of its presence in the United States before the Civil War, and it became a predominant means of administering justice shortly thereafter. What is new is the amount of attention it has received recently. Plea bargaining was only sporadically discussed in the early decades of this century, though in the 1920s various states surveyed their criminal courts and discovered just how dominant plea bargaining had become. It was not until the 1960s, however, that plea bargaining emerged as a national issue, and numerous professions and disciplines, including law, political science, and sociology, began to focus on the practice*”. MAYNARD, Douglas W. *Inside Plea Bargaining*. New York. Plenus Press. 1984. p 01.

30 ALVES, J. C.. *Justiça Consensual e Plea Bargaining*. CUNHA, R.; Ó SOUZA, R. do S.; A legalidade do Acordo de Não Persecução Penal: Uma Opção Legítima de Política Criminal. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 126

31“*The fact that at some point in the nineteenth century trials were replaced by guilty pleas in American state courts is well documented. By the end of the century, cities such as New York, New Haven, Boston, Cleveland, Chicago, Dallas, and Philadelphia had substantial guilty plea rates. Thus, Albert Alschuler has reported that guilty pleas became the dominant mode of disposition in cities and counties after the Civil War (1865).*3 *Likewise, Malcolm Feeley, from a review of court records in New York, New Haven, and London, has shown that guilty pleas accounted for approximately 50 per cent of all felony dispositions by 1860, and that by 1900 this figure had risen to 90 per cent.*4 *Similarly, Theodore Ferdinand, Mary Vogel and George Fisher have reported that by the turn of the century, guilty pleas in Boston and Middlesex, Massachusetts amounted to 90 per cent of all felony dispositions*”. MCCONVILLE, Mike. MIRSLEY, L Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Portland- Oregon. 2005. p. 01.

32 SOUZA, M. **Plea Bargaining no Brasil** – O Processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. Salvador. Editora JusPodivm. 2019. p. 99.

é o acordo entabulado entre a acusação e o réu, por meio do qual este confessa voluntariamente a prática de uma infração penal (guilty plea) ou deixa de contestá-la (plea of nolo contendere), em troca de um benefício oferecido pelo promotor, como o reconhecimento de um crime menos grave, a retirada de uma ou mais infrações imputadas ou a recomendação ao magistrado para a aplicação de uma sanção menos severa, evitando-se o processo. Nos dizeres de Pedro Soares de Albergaria, é a "negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objeto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (guilty plea) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (plea of nolo contendere)"<sup>33</sup>.

Sua regulamentação no direito norte-americano se dá a nível federal e estadual, estando regulado pela regra 11 das normas federais de procedimentos criminais, sendo este o principal modelo de negociação criminal no processo penal dos Estados Unidos, reproduzido pela grande maioria dos Estados americanos<sup>34</sup>.

Particularidade deste instituto, o *Plea Bargaining* pode ser classificado em três sub espécies diferentes, a saber 1) *Charge Bargaining*, o qual consiste na confissão pelo acusado da prática do fato delituoso, com o compromisso do Promotor de atenuar a acusação feita; 2) *Sentence Bargaining*, variante na qual ante a confissão do acusado, ou ainda, ante a não contestação dos fatos apresentados pelo Ministério Público, este assume o compromisso de recomendar ao juiz a aplicação de uma sanção menos severa; 3) A terceira opção consiste em uma forma mista entre os dois institutos acima mencionados<sup>35</sup>.

Ainda, há quem diferencie o instituto em um sentido estreito e em sentido amplo, incluindo nesse último o conceito de *nolo contendere*.

Por *plea bargaining* em sentido amplo se entenderia o procedimento prévio no qual o acusado formalmente de prática criminosa negocia com o órgão acusador uma confissão em troca de algum benefício, quer redução de pena, quer remodelação da acusação (*charge bargaining*), ou a recomendação de uma

33 ALVES, J. C. Justiça Consensual e Plea Bargaining. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 126

34 "A regra 11 das Normas Federais de Procedimentos Criminais emergiu como o principal modelo de barganha no processo penal nos Estados Unidos, embora não tenha sido a primeira lei promulgada sobre o assunto. Alguns estados basicamente reproduziram a maioria das provisões federais com algumas adaptações às suas realidades e de acordo com as conveniências locais. Outros estados criaram seu próprio modelo de plea bargaining, mas seguiram as linhas gerais da Regra 11 do modelo federal." SOUZA, M. **Plea Bargaining no Brasil** – O Processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. Salvador. Editora JusPodivm. 2019. p. 116/117.

35 ALVES, J. C. Justiça Consensual e Plea Bargaining. . In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 227/228

sentença mais branda (*sentencing bargaining*) ou ambos. Entendida no sentido amplo, compreenderia a fase de confissão de culpa na qual o réu, em audiência pública já com conhecimento de todas as provas produzidas, declarara a sua confissão, ou se absteria de contestar a acusação formulada em juízo, entendida essa última forma como a prática do *nolo contendere*<sup>36</sup>.

O *Plea Bargaining*<sup>37</sup>, embora tenha essência semelhante ao acordo de não persecução, consubstanciando-se em uma forma de barganha jurídica criminal, diferencia-se do acordo de não persecução na medida em que este não possui uma sentença que imponha uma medida penal pelo estado juiz e que venha a ter reflexos no tocante a extinção da punibilidade antes do seu cumprimento e decidido pelo juízo, ou que afaste o *jus puniendi* estatal, uma vez que o acordo de não persecução é realizado em uma etapa anterior à formação do processo, portanto, formalmente não há processo visando a imposição de sanção penal, e sim apenas uma barganha visando a não existência deste, cumpridas outras medidas alternativas impostas e previstas na lei<sup>38</sup>.

Outro instituto negocial existente nos Estados Unidos da América, mas que possui raízes profundas e maior utilização nos países europeus de origem anglo-saxã, é o *Non Persecution Agreements*, que se tratam de acordos processuais entre pessoas físicas ou jurídicas para o não ajuizamento de uma ação judicial em troca de um comportamento ou prestação positiva, tendo maior aplicabilidade em casos de delitos econômicos, fraudes, corrupção, desde que haja benefício ao interesse público e à administração da Justiça. Também são aplicáveis em ações já ajuizadas, em que ocorre a posterior suspensão da ação enquanto o acordante cumpre com os

36 SOUZA, M. op. cit., p. 94/95.

37 "Usually, plea bargaining is defined as a process in which charge and/or sentencing concessions are traded for a defendant's guilty plea, but it is well known that a much wider array of transactions takes place in actual negotiations. Chapter 4 shows that behind the diversity of transactions is the "bargaining sequence," wherein one party presents a position and the other responds to it. Elaboration of the bargaining sequence yields various characteristic features of plea bargaining, such as "exchange," "compromise," "disagreement," and so on. Procedures for leading into, and exiting from, the sequence relate it to additional elements of the discourse. Thus, at the core of negotiation is a conversational structure used to achieve a range of "reasonable" decisions. MAYNARD, Douglas W. Inside Plea Bargaining. New York. Plenus Press. 1984. p. 25.

38 Nesse sentido, sustenta SUXBERGER: "[...]o acordo de não persecução penal difere substancialmente do sistema de plea próprio do ordenamento jurídico norte-americano. Afinal, do acordo celebrado entre as partes não decorre um sentencing, isto é, o acordo não implica um provimento jurisdicional que impõe pena como manifestação concreta do poder de punir do Estado". SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. O Acordo de Não Persecução Penal: Reflexão a partir da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. O.; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 113.

requisitos estabelecidos na barganha<sup>39</sup>. O instituto guarda semelhanças, no direito brasileiro, com o acordo de leniência<sup>40</sup>.

Por sua vez o *Deferred Prosecution Agreements* é:

[...] um acordo escrito de persecução diferida ou um acordo de suspensão de persecução, que pode ser proposto por um procurador do Departamento de Justiça (DOJ) dos Estados Unidos ou da Comissão de Valores Mobiliários (SEC) ou órgãos de acusação equivalentes. Tal como os NPAS, esta modalidade de consenso penal integra o que se conhece por *pretrial diversion*, ou resolução extrajudicial, e encontra fundamento na Lei da Duração Razoável do Processo", de 1974. Um DPA será mais complexo e formal do que um NPA, já que, normalmente, há descrição detalhada de fatos ilícitos praticados pela pessoa jurídica e confissão. Muito útil em casos de criminalidade econômico-financeira, um DPA resulta em certas obrigações para pessoas jurídicas, como o pagamento de multa, a adoção de programas de *compliance*, a contratação de um monitor externo (*corporate monitor*), a reparação do dano e a colaboração com as investigações.<sup>41</sup>

Como se vê, o modelo de barganha penal é um instituto bastante consolidado perante o sistema de justiça norte-americano e teve, sem dúvida, grande influência na criação do acordo de não persecução penal, embora possua em relação a ele profundas diferenças.

Sua origem data de mais de 1 século de existência, porém as razões que levaram a sua criação e expansão perante o sistema jurídico americano são as mesmas que justificaram a criação do acordo de não persecução criminal em nosso ordenamento<sup>42</sup>.

Assim, a análise da experiência norte-americana é de grande valia para o aprimoramento do instituto perante o sistema pátrio, podendo a experiência lá adquirida levar a melhor aceitabilidade do ANPP junto aos operadores do direito e exaltar seus resultados como meio de resolução de conflitos na seara criminal e pacificação social.

39“No direito da common law, acordos de não-persecução penal, conhecidos como non-prosecution agreements (NPA), são acordos pré processuais (pretrial diversion), entre uma pessoa física ou jurídica para a não propositura de uma ação criminal em juízo, em troca de uma prestação ou de um comportamento positivo”. ARAS, V. Acordos Penais no Brasil: Uma análise à luz do Direito Comparado. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 302.

40 VASCONCELLOS, V. G. de; **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. e-book. p 07.

41 ARAS, V. op. cit., p. 303.

42“Researchers agree that plea bargaining refers to courtroom transactions in which there is an exchange between the prosecution and defense in criminal cases. A consistent and common observation is that defendants who plead guilty receive some dispositional “consideration” from the state, which, in turn, gets sure convictions with less expenditure of time and money than going to trial”. MAYNARD, Douglas W. Inside Plea Bargaining. New York. Plenus Press. 1984. p. 77.

Isso posto, passa-se à análise de institutos da justiça consensuada junto aos sistemas de justiça europeus. Em que pese tais práticas serem comum a inúmeros países, uma vez que os motivos que os levam a adotar esta tendência consensual sejam comuns a vários sistemas de justiça criminal mundo afora<sup>43</sup>, por questão de brevidade, a análise restringir-se-á aos sistemas que possuem maior influência junto ao sistema jurídico brasileiro.

### 1.3 DA JUSTIÇA CONSENSUADA EM OUTROS PAÍSES – FRANÇA, ALEMANHÃ E ITÁLIA:

É uma particularidade da Justiça Francesa, tal qual ocorreu com o acordo de não persecução previsto na Resolução n. 181/2017, que os acordos de barganha penal não tenham surgido através de expressa previsão legal criadora do instituto, e sim foram sendo firmados com base na iniciativa pessoal de juízes e promotores, e posteriormente veio ser regulamentada por meio de Nota de Orientação do Ministério da Justiça francês, em 1992, a qual fundamentou a aprovação da Lei 92-2 de 1993 que incorporou a barganha penal ao sistema legal<sup>44</sup>.

Explicitando e aprofundando o histórico deste tema, Cabral expõe que:

Na França, as primeiras experiências de soluções alternativas para os casos penais surgem não da lei, mas sim da iniciativa pessoal de juízes e promotores de justiça, que se conscientizam da incapacidade da Justiça Penal de lidar com a grande carga de trabalho decorrente da persecução penal da “delinquência de menor importância”. De tal maneira, o surgimento do acordo penal na França: “(...) é resultado de um processo ideológico protagonizado, por um lado, pela contestação em relação às instituições repressivas, consideradas estigmatizantes, ineficazes e lentas, que passam

43 “Mientras esto ocurría en los países de nuestro entorno, España, afectada por los mismos problemas (gran cantidad de conductas que se encuentran criminalizadas, el alto número de infracciones que se cometen, y la lentitud de los procedimientos), ha visto como poco a poco se ha deteriorado la Administración de Justicia, y como a pesar de las muchas reformas realizadas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal sigue siendo un objetivo a conseguir la simplicidad, eficacia y rapidez del proceso penal, sin merma de las garantías inherentes al proceso ordinario. Estas carencias han provocado una generalizada pérdida de confianza de los ciudadanos en la Justicia, verdaderos destinatarios de la misma, y que han visto como el ejercicio de sus derechos legítimos ante los Tribunales no gozan de la efectividad que les es reconocida a nivel constitucional”. GARCIA, N. R. **El Consenso En El Proceso Penal Español**. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997. p. 53.54.

44 “Hemos dejado reflejado en apartados anteriores que la incorporación del principio de oportunidad ha facilitado el proceso de implementación de la mediación penal en ordenamientos de nuestro entorno. En ocasiones ha sido el único asidero normativo en ausencia de regulación expresa (caso francés en sus inicios)”. ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. Presente y futuro de la mediación penal en el ordenamiento español: ¿cabe más incertidumbre?. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 33-72, jan.-abr. 2019. fl. 60. Disponível em: <https://orcid.org/0000-0002-7592-5142> .

a ser dinamizadas pela busca de soluções de "diversificação", e, por outro lado, do enaltecimento da figura da vítima, não apenas no âmbito penal, como também no âmbito social em geral".<sup>45</sup>.

Sobre o procedimento francês especificamente, este possui semelhanças com o estabelecido no nosso ordenamento jurídico pátrio através da Resolução 181/2017-CNMP e do art. 28-A do CPP, na medida em que ao membro do Ministério Público é facultado propor solução diversionista para cada caso concreto, evitando-se que haja um efetivo julgamento do suspeito pelo poder Judiciário.

Neste ponto, difere-se o instituto francês do *Plea Bargaining* norte-americano<sup>46</sup>, aproximando-se mais do sistema formulado no sistema brasileiro. Caso o suspeito não aceite a barganha ou não preencha os requisitos para tanto, de forma semelhante ao sistema brasileiro, tal fato levará ao início de processo formal perante o Judiciário, asseguradas todas as garantias legais e constitucionais ao agora acusado<sup>47</sup>.

De forma semelhante ao ocorrido perante o sistema judiciário francês, na Alemanha os acordos penais tiveram origem em práticas executadas pelos membros do Ministério Público e Juízes de direito que, no afã de dar celeridade e respostas mais efetivas na resolução de conflitos, especialmente quanto aos casos mais complexos, formularam uma alternativa prática para casos em que a demora na tramitação de um processo, o custo e o desgaste laborativo de todos os envolvidos,

---

45CABRAL, R. L. F.. Acordo de Não Persecução: É uma Boa Opção Político-Criminal Para o Brasil? In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 24/25.

46“Os Estados Unidos caracterizam-se pela disponibilidade do processo penal pelas partes, e, por conseguinte, pela própria noção de plea bargaining”. Como mencionado em momento anterior, as negociações americanas de sentença criminal podem acontecer pela declaração de culpa do acusado (guilty plea, mote do plea bargaining) ou pela declaração de que não haverá a contestação da acusação (nolo contendere). A nota distintiva entre elas reside na consequência de que a primeira produzirá efeitos no juízo cível, enquanto que a segunda, não, porque se limita a não contestar a ação (em assumir a responsabilização, mas sem realização de confissão sobre os fatos)”. BRANDALISE, R. S. op. cit.,p. 65.

47“O acordo francês guarda muita semelhança com o modelo adotado pelo art. 18 da Resolução n. 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, uma vez que na França: "o Promotor pode oferecer ao defensor a opção diversionista para o seu caso, evitando o julgamento criminal padrão, em troca da admissão da culpa e do preenchimento de condições, como o pagamento de multa, a entrega dos objetos utilizados no delito (ou objetos obtidos em virtude dele), a perda da carteira de motorista ou da autorização de caça durante determinado período de tempo, a prestação de serviços à comunidade e/ou a reparação do dano causado à vítima”. CABRAL, R. L. F.. Acordo de Não Persecução: É uma Boa Opção Político-Criminal Para o Brasil? In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 25.

não fazia sentido ante a possibilidade de se adiantar uma sanção, desde que aceito confessado o fato pelo investigado<sup>48</sup>.

Assim, tal qual o acordo de não persecução criminal exposto inicialmente na Resolução 181/2017, não houve em um primeiro momento inserção legislativa no sistema de justiça regulando tal instituto, ainda que, na ocasião da análise de sua legalidade, a Suprema Corte Alemã tenha reconhecida a sua plena legalidade e constitucionalidade. Nesse sentido:

Na Alemanha ocorreu situação semelhante à francesa. O acordo penal iniciou-se em virtude das práticas dos Promotores de Justiça e Juízes, apesar da ausência de lei prevendo tal possibilidade. Sobre o fundamento da criação do acordo penal na Alemanha, TURNER consigna que: "O acordo penal foi introduzido na Alemanha pela prática dos atores processuais, como resposta ao aumento do número de casos complexos no sistema de justiça criminal. Juízes e promotores queriam economizar tempo e recursos, a medida que a carga de trabalho crescia. [...] A legalidade desses acordos foi questionada perante o Bundesgerichtshof (BGH), tribunal semelhante ao nosso Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu, no dia 28 de agosto de 1997, que "os acordos (Absprachen), que tenham por objeto a confissão do acusado em troca de uma diminuição da pena, são fundamentalmente possíveis, eles não violam os princípios constitucionais e processuais<sup>49</sup>.

É uma particularidade do sistema de justiça negocial alemão que os acordos em tal país somente sejam factíveis na fase processual da persecução criminal, não sendo realizado durante a fase de investigação, ao contrário do acordo de não persecução estabelecido na Resolução 181/2018 e no art. 28-A do CPP<sup>50</sup>.

Por sua vez, o sistema de Justiça negocial na Itália, tradicionalmente não previa formas de consenso no processo penal italiano<sup>51</sup>. Porém com a reforma processual do Código Rocco de 1988, atendendo a adequação da legislação nacional à Convenção Europeia de Direitos Humanos passou a adotar institutos consensuais.

Sob a denominação de "*Patteggiamento*", passou-se a adotar na Itália medida consensuada de inspiração no direito norte americano<sup>52</sup>. Basicamente na

48 BRANDALISE, R. S., op. cit., p. 83/84.

49 CABRAL, R. L. F.. Acordo de Não Persecução: É uma Boa Opção Político-Criminal Para o Brasil? In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 26.

50 BRANDALISE, R. S., op. cit., p.80

51 "A obrigatoriedade da ação penal já era prevista quando do chamado "Código Rocco", sendo assim considerada mesmo quando inexistente a possibilidade do controle jurisdicional sobre o arquivamento e a existência de controle externo do Ministério Público pelo Poder Executivo." BRANDALISE, R. S. op. cit., p. 94.

52 Ibidem, p. 95.

nova sistemática italiano existem duas formas de acordo, a primeira sobre a pena em si, através de peticionamento feito pelas partes de uma sanção substitutiva da pena eventualmente a ser aplicada, e a segunda sob a forma de um pacto sobre o procedimento, onde se apresenta uma petição pela parte, com a concordância do *parquet*, com o objetivo de que o caso seja definido ainda na audiência preliminar, com uma redução em um terço da pena<sup>53</sup>.

Como se vê, tanto na experiência francesa quanto na alemã, os acordos penais tiveram sua origem em práticas desenvolvidas pelos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, visando dar uma maior efetividade ao sistema de justiça criminal em casos em que, cumpridas certas formalidades, como a necessidade de confissão do fato, auxílio para esclarecimento do contexto criminoso, devolução do produto e proveito do crime, não haveria sentido em se iniciar um moroso, caro e nem sempre efetivo processo criminal.

Desta forma, o modo como se deu a inclusão no ordenamento jurídico brasileiro do acordo de não persecução criminal, através de instrumento normativo que não se revestia das formalidades de lei, não possui o condão, de *per si*, de invalidá-lo ou de torná-lo algo como uma aberração jurídica, pois encontra lastro em experiências jurídicas de países com sistemas judiciais sólidos, como o alemão e francês. Não se deve desprezar o histórico de bons resultados em ambos os países numa tentativa de negar validade ao acordo de não persecução, inicialmente estabelecido no sistema jurídico pátrio através de Resolução do CNMP, apenas por não ter sido inicialmente inserido no sistema jurídico através de lei formal.

Não obstante, como já mencionado, em dezembro de 2019 foi promulgada a Lei 13.964/2019, que criou o art. 28-A no Código de Processo Penal, inserindo o acordo de não persecução formalmente na legislação pátria, através de lei federal, e pondo uma pá de cal em cima da controvérsia acerca de possível violação constitucional do sistema inserido pela Resolução 181/2017 do CNMP.

---

53“ No Código de Processo Penal italiano existem duas formas de acordos. A primeira trata-se de um acordo sobre a pena, feito através de uma petição apresentada pelas partes “de uma sanção substitutiva ou de uma pena pecuniária reduzida até um terço” ou inclusive “de uma pena privativa de liberdade quando esta, dadas as circunstâncias e reduzida até um terço, não supere dois anos de prisão ou de arresto” (art. 444). A segunda é um pacto sobre o procedimento, por meio do qual o autor do delito, com a aquiescência do Ministério Público, apresenta uma petição a fim de que o caso seja definido na audiência preliminar (art. 438), com a vantagem de que a pena ficará reduzida “em um terço” (art. 442)”. SILVA, A. A. **Acordo de não persecução penal**. E-book. 2019. p. 23.

#### 1.4 NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO

Como instituto novo no sistema jurídico pátrio, impõe-se neste ponto uma análise mais apurada sobre a efetiva natureza jurídica do acordo de não persecução inserido pela Resolução 181/2017 e posteriormente regulamentado pela Lei 13.964/2019, dados os desdobramentos que tal conclusão gera ou pode gerar no tocante às prerrogativas constitucionais atinentes ao devido processo legal, presunção de inocência, contraditório, paridade de armas etc. Não por outro motivo, há até mesmo quem conceitue o ANPP como uma forma de contrato constitucional, onde os compromissos devem estar alinhados com os direitos e garantias fundamentais<sup>54</sup>.

É importante que se registre, preliminarmente, que o enquadramento processual do acordo de não persecução se dá em um âmbito anterior à efetiva formação da relação jurídica processual, uma vez que é estabelecido no bojo de um procedimento investigatório a cargo do Ministério Público, conclusão já delimitada no próprio objeto da Resolução 181/2017 que “*Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público*”<sup>55</sup>.

De igual forma dispõe o art. 28-A do CPP, inserido pela Lei 13.964/2019 dispõe que: “*Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal*”<sup>56</sup>.

Como se vê, em ambos os institutos reguladores o acordo de não persecução se dá em relação a um procedimento investigatório, anterior ao oferecimento da denúncia, em uma fase anterior ao seu recebimento. Portanto, a primeira conclusão que se chega a respeito da análise de sua natureza jurídica é a de que possui natureza pré-processual, antes da efetiva formação triangular de um processo, sendo firmado no âmbito de um procedimento administrativo

---

54“*As regras sobre contratos são o ponto de partida para a celebração das cláusulas dos acordos, mas sua natureza é de um contrato constitucional. Os compromissos devem ser construídos à luz dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, como o devido processo legal e a presunção de inocência*”. SILVA, A. A. op. cit., p. 22.

55“Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em 10 abr. 2020.

56Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm) acesso em 16 abr. 2020

investigatório, o qual culminará com a sua homologação judicial, e posterior cumprimento.

Possuindo a natureza de negócio administrativo pré-processual, formalizado antes da formação triangular do contraditório judicial não lhe são aplicáveis, de forma pura e simples, o regramento jurídico de atos processuais<sup>57</sup>. Faz-se necessário esclarecer, nesse condão, a importante diferenciação da natureza jurídica das normas processuais e normais procedimentais, bem explicitada por Romaniuc:

Nesse ponto, relevante fazer a distinção entre norma processual e norma procedimental. A norma processual tem por finalidade organizar e instruir o processo na busca pela tutela do direito material. Ou seja, essa norma visa regular a solução dos conflitos em juízo. O ponto nevrálgico é a judicialização do conflito. Já a norma procedimental pode ou não estar relacionada diretamente ao processo judicial. Dessa forma, é possível que haja norma procedimental, não oriunda de lei da União, estruturando a forma pela qual a administração concederá determinado benefício ao administrado sem que essa norma seja considerada inconstitucional. [...] É de importância ímpar mencionar que a relação tríplice processual entre acusação, defesa e Estado-juiz não está formada quando da celebração do acordo em estudo. Dessa forma, não há que se atribuir natureza jurídica processual à sua celebração. Ora, o acordo em tela evita a instauração do processo.<sup>58</sup>

Também é importante registrar que ANPP consubstancia-se em ato jurídico complexo, uma vez que para a sua efetiva concretização depende da conjugação da manifestação de mais de uma gente público encarregado da persecução criminal, quais sejam, o membro do Ministério Público proponente do ANPP, o magistrado que homologará o acordo se estiver conforme os termos legais, e também o investigado<sup>59</sup>. Nesse sentido, estabelecem os parágrafos 3º ao 6º no art. 28-A do CPP:

---

57“Não se trata, a toda evidencia, de norma processual penal. A atuação ministerial na fase investigatória tem evidente natureza administrativa, pré -processual, que se destina à colheita de elementos informativos, os quais poderão ser posteriormente submetidos ao contraditório, em Juízo”. DOWER, P. E. C.; SOUZA, R. Algumas Respostas Sobre o Acordo de Não Persecução Penal. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 135.

58ROMANIUC, J.; BARROS, F. D. Constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal. . In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 135.

59“O acordo de não persecução penal, quando exitoso, isto é quando cumprida todas as cláusulas de seu acordo, é ato que, para se aperfeiçoar mostra-se complexo, pois conjuga a manifestação de mais de um agente público incumbido da persecução penal. Diz o §8º do art 18 da Resolução n. 181 assim “cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, sendo que esse pronunciamento desde que esteja em conformidade com as leis e com esta Resolução, vinculará toda a instituição”. SUXBERGER, A. H. G. op. cit., p. 116.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. § 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia<sup>60</sup>.

Assim, embora a atribuição para o firmamento das propostas e verificação do preenchimento das condições estabelecidas seja do agente ministerial, há formalmente a necessidade de uma homologação judicial para se aperfeiçoar o ato jurídico do acordo de não persecução penal, a ser feito em audiência especialmente designada para tal finalidade.

Sobre este controle judicial de homologação do ANPP, é de se ressaltar que esse procedimento não possui caráter decisório ou condenatório, mas natureza jurídica de ato meramente homologatório, e como consequência disso não produz os efeitos genéricos que uma sentença penal condenatória produz<sup>61</sup>.

Uma vez não concordando com as condições ou sobre o preenchimento dos requisitos para fazer jus ao acordo, resta ao Juiz<sup>62</sup> alternativas semelhantes às previstas no art. 28, §1º do Código de Processo Penal<sup>63</sup>, previstas também no parágrafo 6º da Resolução 181/2017:

60Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em 16 abr. 2020.

61“A decisão que homologa o acordo de não persecução penal não tem natureza condenatória, mas meramente homologatória. Como consequência, essa decisão não possui os mesmos efeitos de uma sentença condenatória, tais como: a) tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, I, CP); b) perda dos instrumentos e do produto do crime (art. 91, II, CP); c) perda de cargo ou função pública (art. 92, I); d) perda ou suspensão de direitos políticos (art. 15, III, da CF). SILVA, A. A. op. cit., p. 38.

62Sobre este ponto, há críticas quanto ao excessivo poder atribuído ao Juiz no tocante ao controle do ANPP, nesse sentido: “Entendemos que a lei atribui poderes excessivos ao juízo de garantias na fase de homologação do acordo de não persecução penal. A rigor, a inovação, neste ponto, é incompatível com a própria estrutura acusatória anunciada pelo art. 3-A do CPP. Autorizar que o magistrado/a encaminhe o acordo para reformulação e recuse a homologação caso não haja adequação é, nitidamente, confundir as funções do órgão acusador e do juízo de garantias. A nosso sentir, a interpretação do dispositivo compatível com a separação de poderes reclama restringir a atividade do Judiciário a homologar ou não o acordo, sempre de forma fundamentada”. ASSUNÇÃO, V. **Comentários à Lei 13.964/2019**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 77.

63“§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, 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”.

Por sua vez, o art. 28-A inserido ao Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, dispõe em seu parágrafo 14º que: “§ 14. *No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código*”.

Como se vê da leitura dos dispositivos, há um controle judicial sobre o acordo de não persecução, tornando-o, portanto ato complexo, dependendo para a sua compleição da manifestação de vontade de ambos os órgãos, e havendo discordância entre a posição do Juiz e do agente do Ministério Público responsável pela oferta do acordo, a solução que se segue é o encaminhamento da controvérsia à instância superior do Ministério Público, o qual caberá dar a última palavra sobre o seu deslinde.

Chega-se, portanto a conclusão que o ANPP possui natureza jurídica de ato complexo, administrativo e pré-processual.

Outro ponto nessa perspectiva diz respeito à natureza do oferecimento da proposta de acordo de não persecução como ato discricionário ou ato vinculado, ou em outras palavras se haveria algum direito subjetivo que tornasse obrigatório o oferecimento da proposta de acordo.

Nesse condão, o entendimento predominante que se tem é no sentido de aplicação da mesma lógica utilizada quanto à transação penal e à suspensão condicional do processo, situação já amplamente discutidas nos Tribunais Superiores nacionais<sup>64</sup>, que chegaram a uma jurisprudência inclinada no sentido de não reconhecer o instituto como direito individual do investigado e sim uma faculdade do agente do Ministério Público<sup>65</sup>. Nesse sentido:

O acordo de não persecução penal é solução de comprometimento, de consenso e não direito subjetivo do investigado. Aqui cabem as mesmas discussões levantadas à época da publicação da Lei Federal n. 9.099/95, como surgimento da transação penal. Que se diga, por mencionados

<sup>64</sup>Nesse sentido, o enunciado n. 08 da Jurisprudência em Teses do STJ com a seguinte redação: “3) A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada”. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em 10 mar. 2020.

<sup>65</sup> Registre-se que há posições em contrário no sentido de reconhecer o ANPP como direito subjetivo do investigado. Nessa esteira, cita-se o ensinamento de Aury Lopes Jr.: “Entendemos que – preenchidos os requisitos legais – se trata de direito público subjetivo do imputado, mas há divergência no sentido de ser um “poder do Ministério Público” e não um direito do imputado. LOPES JR., Aury. Direito Processo Penal - 17ª Edição 2020. Editora Saraiva. Edição do Kindle. p. 308.

expressamente no dispositivo que trata do acordo de não persecução penal, os critérios legais relativos à transação penal devem servir de norte para a efetivação do acordo de não persecução penal. Nessa senda, em que pese a enorme divergência jurisprudencial existente em relação ao tema, tanto o Superior Tribunal de Justiça, quanto o Supremo Tribunal Federal foram pacificando a questão ao estabelecer a vedação de concessão dos benefícios da suspensão condicional do processo e da transação penal de ofício pelo magistrado ou a requerimento do autor do fato, ante a discordância fundamentada do Ministério Público, impondo-se, nesse caso, a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, com remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça (enunciado 696 da Súmula do Supremo Tribunal Federal<sup>66</sup>).

Assim sendo, mesmo quando se fazem as condições legais para a celebração do ANPP, pode ocorrer de o acordo não ser celebrado, seja por desídia do investigado, pela não aceitação das suas propostas, ou por não ser suficiente para a prevenção e reprovação do crime<sup>67</sup>.

Assentado está que a proposta de acordo de não persecução não é direito subjetivo do investigado, porém não há que se falar em uma discricionariedade pura no tocante ao seu oferecimento<sup>68</sup>, pois se houver o preenchimento dos requisitos por parte do investigado, a recusa do oferecimento deve ser feita de maneira fundamentada, sob pena da caracterização de uma arbitrariedade. Deste modo, a doutrina neste tocante tem falado em uma discricionariedade regrada, ou fundamentada<sup>69</sup>.

Nessa linha, tem-se que o ANPP pode ser conceituado como tendo natureza discricionária vinculada, pois, mesmo que seu oferecimento não seja um direito subjetivo do investigado<sup>70</sup>, não pode o membro do Ministério Público deixar de oferecê-lo, se presentes as condições legais, de maneira infundada, devendo,

66 DOWER, P. E. C.; SOUZA, R. op. cit., p. 137.

67 SILVA, A. A. op. cit., p.48.

68 “Partindo da premissa de que o acordo de não persecução penal deve resultar da convergência de vontades, com necessidade de participação ativa das partes, não nos parece correta a assertiva de que se trata de direito subjetivo do acusado, sob pena de se admitir a possibilidade de o juiz determina sua realização de ofício, o que, aliás, lhe retiraria sua característica mais essencial, qual seja, o consenso”. LIMA, R. B. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei n. 13.964/19** – Artigo por Artigo. Salvador: Editora JusPodvm. 2020. p. 221..

69 DOWER, P. E. C.; SOUZA, R. op. cit. p. 139.

70 Importante o registro que há posições em contrário, no sentido de uma vez preenchidos os requisitos legais, ser a proposta de ANPP obrigatória, nesse sentido: “Além de possibilitar a ordenação (e o controle) da atividade ministerial, a existência de requisitos claros é importante, sobretudo, para a esfera jurídica do investigado/acordante. Nesse sentido, embora tratando da suspensão condicional do processo (uma forma de resolução penal pactuada, assim como o acordo de não persecução), o STJ afirmou que o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 89 da Lei n. 9.099/1995” garante ao acusado o direito público subjetivo ao recebimento de proposta de sursi processual, a qual “não pode ficar ao alvedrio do MP” (HC n.º 131.108/RJ)”. MESSIAS, M. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Lumens Juris. 2019. p. 07.

assim, haver uma justa motivação a ser apresentada em caso de recusa ao oferecimento.

A respeito da natureza jurídica das medidas impostas ao investigado através do acordo de não persecução, há que mencionar que estas não possuem natureza jurídica de sanção penal, pois não são penas, e sim medidas de cunho social e reparatório, aceitas através de acordo de vontades.

Tal conclusão se dá na medida em que ao agente do Ministério Público não é dada a possibilidade de impor qualquer dessas medidas ao investigado sem que esse consinta, assim, não possuindo natureza de pena, a qual em essência é ato que se impõe de forma imperativa ao condenado.<sup>71</sup> Também se aponta como característica das medidas impostas através do acordo de não persecução, que a diferencia da pena, o fato de que, uma vez acordado, o investigado pode voluntariamente deixar de cumprir as condições estabelecidas, sem que haja qualquer sanção adicional.

Em tal situação a decorrência natural do descumprimento é o oferecimento de denúncia pelo agente ministerial, onde haverá a efetiva discussão do mérito da acusação, porém não há previsão de uma sanção específica para o caso de descumprimento, o que também evidencia a inexistência da natureza jurídica de pena criminal das medidas firmadas no acordo de não persecução criminal<sup>72</sup>.

Em arremate a esta questão, há diferenças claras entre as medidas transacionais do acordo de não persecução criminal e uma pena criminal, em especial pela voluntariedade daquela, bem como o fato de que aquela não afeta o *ius Puniendi* estatal ou encerra qualquer forma de extinção da punibilidade, apenas possuindo a aptidão de fazer desaparecer o interesse processual do Ministério Público, uma vez cumpridas as condições estabelecidas no acordo<sup>73</sup>.

---

71“Em sendo assim, de pronto é possível afirmar que a prestação de serviços à comunidade e a prestação pecuniária a serem fixadas no acordo de não persecução penal não são sanções penais, não são penas, até mesmo porque, a nota essencial do instituto é a consensualidade, não sendo possível ao Ministério Público impor quaisquer das condições ao investigado, salvo se esse, por sua livre manifestação de vontade, devidamente assistido por advogado, com tais previsões concordar. DOWER, P. E. C. SOUZA, R. op. cit. p. 154.

72 “Como já visto, nesse caso, o investigado somente cumpre a sua parte do acordo se o quiser. Não há imperatividade, não há uma imposição forçada para que ele a cumpra. Obviamente que, em caso de descumprimento, será oferecida denúncia pelo Ministério Público, mas essa consequência deixa bem clara a inexistência de pena decorrente do acordo, existindo tão somente uma obrigação negocial com o MP”. CABRAL, R. L. F. Acordo de Não Persecução: Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 1/17-CNMP), com as alterações da Resolução n. 183/18/CNMP. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (coord.) Acordo de não persecução penal. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

73 SUXBERGER, A. H. G. op. cit., p. 115.

Fixada a natureza jurídica do acordo de não persecução penal como sendo a de um ato complexo, pré-processual, com essência de ato administrativo, firmado no bojo de uma investigação, do qual não decorre pena, e sim medidas de natureza substitutivas, negociáveis através de barganha, e que possui característica de ser ato com discricionariedade motivada, é mister analisar agora os requisitos necessários que devem estar presentes para possibilitar a efetiva concretização de um acordo de não persecução penal.

## 1.5 REQUISITOS PARA A APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

### 1.5.1 Requisitos objetivos e subjetivos

Uma vez que o instituto do ANPP é o objeto do presente trabalho, necessário se faz uma análise sistematizada dos requisitos necessários para o seu firmamento, ainda que de forma breve já se tenha deixado consignado no capítulo introdutório.

Os requisitos elencados no art. 28-A do CPP podem ser divididos basicamente em objetivos, os que independem de condições individuais da pessoa que firmará o ANPP, e subjetivos, os que dependem de uma análise casualista em relação a condições pessoais do investigado.

Quanto aos requisitos objetivos, podem ser sistematizados como os relativos à: 1) pena mínima cominada ao delito, que deve ser inferior a 4 (quatro) anos; 2) inexistência do emprego de violência e grave ameaça quando do cometimento do delito; 3) ser a medida necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, relacionando-se esse último item ao cumprimento das funções políticas criminais do ANPP.

Ao lado de tais requisitos objetivos positivos, há também as vedações ao firmamento do ANPP, as quais também possuem conotação de condições objetivas negativas, ou seja, somente será possível o firmamento quando estas condições não estiverem presentes. São elas: 1) não ser possível a realização da transação penal, hipótese aplicável aos crimes de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei 9.099/95; 2) quando o crime for cometido no âmbito da violência doméstica ou familiar, ou praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino; 3)

não ser o caso de arquivamento<sup>74</sup> do procedimento investigatório, expressando, assim, a ideia de que há a necessidade de uma investigação amadurecida<sup>75</sup> que indique que o autor seja de fato o autor do fato investigado<sup>76</sup>.

O primeiro requisito objetivo atinente a pena mínima inferior a 04 (quatro anos) tem por objetivo a criação de um critério que além de objetivo, possua razões de lógica finalística. Uma vez que dificilmente alguém passível de condenação até este patamar receberia uma pena privativa de liberdade, sendo na imensa maioria dos casos substituída por uma restritiva de direitos, é evidente que se busca já de antemão a celebração do acordo como solução alternativa à criação de um processo criminal.

Ainda, sobre a fixação do critério temporal em 04 anos, ao que tudo indica, o legislador utilizou como balizamento para tanto o disposto no art. 44 do CP<sup>77</sup>, que regula a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos que, cumprindo certos requisitos, sejam condenados a uma pena não superior a 04 anos. A diferença, entretanto, se dá em relação à pena exata de 04 anos, para a qual é possível a substituição nos termos do art. 44 do CP, mas não a aplicação do ANPP, a qual deve ser inferior a 04 anos.

Ao lado dos requisitos objetivos para o firmamento do ANPP, há também a necessidade de estarem presentes os requisitos subjetivos, relativos à análise meritória específica em relação ao celebrante do ANPP.

Especificamente tais requisitos de ordem subjetiva podem ser sistematizados da seguinte forma: 1) Não ser o pactuante reincidente ou houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou

74“Ultrapassada essa questão, é importante destacar também que a proposta de acordo de não persecução penal é incabível nas hipóteses de arquivamento do inquérito policial ou do procedimento investigatório criminal (opinio delicti negativa), nos termos do artigo 18, caput, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP. Disso decorre que o membro do Ministério Público deve perquirir, no procedimento investigativo sob sua análise, a existência de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria - vedada a omissão pelo Parquet de evidência favorável ao investigado (Brady material)”. MESSIAS, M. op. cit., p. 20

75“o acordo de não-persecução penal só deve ser celebrado quando se mostrar viável a instauração do processo penal. Em outras palavras, deverá existir aparência da prática criminosa (fumus commissi delicti), punibilidade concreta V.g, não estar prescrita a pretensão punitiva), legitimidade da parte (vg., ser o crime de ação penal pública, praticado por pessoa maior de idade) e justa causa (suporte probatório mínimo a fundamentar uma possível acusação). Por consequência, se o titular da ação penal entender que o arquivamento é de rigor, não poderá proceder à celebração do acordo”. LIMA, R. B. op. cit., p. 226.

76 CABRAL, R. L. F. **Manual do Acordo de Não persecução Penal**. Salvador. Editora Juspodivum. 2020. p. 89.

77Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) . Acesso em 13-07-2020.

profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; 2) não ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; 3) ter o agente confessado formal e circunstanciadamente.

Como se vê o primeiro requisito subjetivo é a não reincidência ou que não haja elementos probatórios que indiquem que o investigado possui conduta criminal habitual reiterada ou profissional. Tendo o ANPP o objetivo de, através de uma política criminal a ser conduzida pelo Ministério Público, desassoberbar o sistema de Justiça Criminal de infrações menos graves, não faria sentido que se possibilitasse o oferecimento quando há provas de que o eventual beneficiado possui modo de vida voltado à prática reiterada de crimes.

Ademais, quanto a estes requisitos subjetivos, é importante ressaltar que há uma fixação de um marco temporal para a possibilidade de oferecimento do ANPP, em relação às condições pessoais do agente, consistente no lapso de 05 anos contados a partir de eventual benefício anterior previsto na legislação processual criminal.

Nesse aspecto, é necessário se fixar o prazo inicial (termo *ab quo*), que é a data do cumprimento ou a extinção da pena imposta anteriormente. Já o termo *ad quem* será a data no delito objeto do possível oferecimento do ANPP<sup>78</sup>.

É importante registrar também que a eventual situação de o investigado estar respondendo a outro processo penal ou investigação criminal não constitui óbice à celebração uma vez satisfeitos os demais requisitos, já que não há vedação expressa em tal caso.

Por fim, o último requisito subjetivo consiste na confissão formal e circunstanciada da prática do fato imputado ao investigado, a qual deve ocorrer na presença do Ministério Público, quando da celebração do acordo, devidamente acompanhado de um advogado, não bastando a simples confissão anterior realizada em procedimento investigatório<sup>79</sup>. Obviamente a confissão anterior não impede a celebração do ANPP, mas o dispositivo legal exige para tanto que a mesma seja feita de forma formal, na presença de um advogado e do membro do Ministério

---

<sup>78</sup>“Em suma, os marcos temporais aqui são bem claros: O termo a quo é a data do cumprimento ou extinção da pena, O termo ad quem é a data em que o delito que se pretende fazer. O prazo depurador da reincidência é de 05 (cinco) anos. em relação à qual o investigado foi condenado no Brasil ou no exterior. o acordo foi, em tese, praticado”. CABRAL, R. L. F. **Manual do Acordo de Não persecução Penal**. Salvador. Editora Juspodivum. 2020.p. 108.

Público<sup>80</sup>. Além disso, o art. 18§2º da Resolução n. 181 do CNMP, exige que a confissão para fins de celebração do ANPP seja registrada em áudio visual.

É importante registrar que a confissão aqui disposta pelo art. 28-A do CPP, sendo ato formal e circunstanciado, possui duas grandes consequências.

A primeira é assegurar que haja um mínimo de indícios de que o investigado que confessa foi de fato o autor da infração penal objeto de confissão, evitando-se que haja, por qualquer motivo possível, a assunção de culpa de um possível inocente. Assim, sendo é necessário que a confissão seja circunstanciada, explanando todos os detalhes do fato, e mencionando-se os demais elementos de provas existentes sobre o fato.

A segunda consequência é que, em caso de descumprimento das condições do acordo firmado, haverá plena ciência das circunstâncias do cometimento do fato criminoso e de eventuais outros elementos de prova existentes pelo Membro do Ministério Público, facilitando, deste modo, a instrução processual a ser iniciada em eventual ação ajuizada pelo não cumprimento das condições do ANPP<sup>81</sup>.

Por fim, ainda no tocante a exigência de confissão formal e circunstanciada, é importante registrar que há entendimentos no sentido de ser inconstitucional a exigência de confissão pelo investigado para o firmamento de algum acordo em sede de investigação. Para tanto, argumenta-se que tal exigência violaria a presunção de inocência, e que a exigência de confissão geraria um paradoxo na medida em que exige que alguém se declare culpado pela confissão, enquanto que,

---

79“Essa confissão constitui a contribuição que o investigado faz à investigação criminal e eventual futuro processo penal (em caso de descumprimento das condições pactuadas). Desde que o investigado seja formalmente advertido quanto ao direito de não produzir prova contra si mesmo e não seja constrangido a celebrar o acordo, parece não haver incompatibilidade entre esta primeira obrigação do investigado, prevista no art. 28-A, caput, do CPP, e o direito ao silêncio (CF art. 5º, LXIII). Ora, como não há dever ao silêncio, todo e qualquer investigado (ou acusado) pode voluntariamente confessar os fatos que lhe são imputados. Nessas condições, cabe ao próprio indivíduo decidir, livre e assistido pela defesa técnica, se tem (ou não) interesse em celebrar acordo de não-persecução penal”; LIMA, R. B. op. cit., p. 227.

80“CABRAL, R. L. F. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. Salvador. Editora Juspodivum. 2020.p. 112.

81“Essa confissão tem dois aspectos muito importantes. O primeiro é que sendo ela revele detalhada apresenta ao Membro do Ministério Público fundamentos robustos no sentido de que ao celebrar-se o acordo - não se está a praticar uma injustiça contra um inocente. [...]. O segundo aspecto importante é que fornece ao Ministério Público - em caso de descumprimento do acordo - um importante elemento de informação, que pode servir: i) como corroborador das provas produzidas em contraditório (CPP, art. 155); ii) como fonte de informação para busca de novos elementos probatórios e fontes de prova e iii) como elemento de contraste em relação a eventuais depoimentos aparentemente falsos prestados no processo penal, caso, obviamente, ocorra o descumprimento”. CABRAL, R. L. F. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. Salvador. Editora Juspodivum. 2020.p.113.

perante a investigação e pela decisão homologatória do ANPP, ele ainda permanecerá inocente, já que essa não possui natureza condenatória<sup>82</sup>.

Analisados brevemente os requisitos para a celebração do ANPP de forma sistematizada, necessário agora verificar quais as condições de existência e validade de um ANPP para alcançar a sua completude jurídica e para possibilitar a produção dos efeitos jurídicos que dele se espera.

### 1.5.2. Condições de existência e validade do ANPP

Já vistas as condições objetivas e subjetivas necessárias ao firmamento do ANPP, resta agora verificar, em complemento a proposta do presente capítulo de análise intrínseca do instituto, quais são as condições necessárias à plena existência jurídica e à validade do ANPP para a sua plena constituição e geração dos efeitos que dele se espera.

Primeiramente, é necessário rememorar que o ANPP é uma forma de acordo extraprocessual, firmado no bojo de um procedimento investigatório. Assim sendo, como acordo de vontades a ser firmado entre um investigado e o agente do Ministério Público, os requisitos de existência e validade são muito próximos aos estabelecidos na teoria geral dos contratos, em que pese haver aqui a incidência de um regramento específico inserido no âmbito do direito público, o que inevitavelmente gera certas particularidades<sup>83</sup>.

Neste ponto, quanto aos pressupostos de existência, tem-se necessário que ambas as partes envolvidas tenham capacidade para pactuar e consciência do que pactuam. Ademais, é necessário dar ao investigado conhecimento de todo o conteúdo da proposta de ANPP, bem como que este concorde com tal firmamento.

Assim, há a necessidade de um válido acordo de vontades entre as partes capazes e que essas saibam exatamente o que estão pactuando, sem que haja qualquer dos vícios que podem acometer um negócio jurídico, tais quais erro, dolo, coação.

---

82“A declaração formal de culpa (guilty plea) faz sentido no sistema do direito penal norte-americano, porque lá o indivíduo é condenado pela prática do crime. [...]. Mas, no sistema processual penal brasileiro, o acordo não tem os efeitos de uma sentença penal. [...] O requisito legal de confissão de culpa contraria o princípio da presunção de inocência. A lei não pode exigir que alguém se declare culpado de um crime pelo qual ainda será considerado inocente. Como, mesmo após o cumprimento do acordo, o suspeito é considerado inocente, não faz sentido exigir que ele confesse o delito perante o Ministério Público”. SILVA, A. A. op. cit., p. 39.

83“CABRAL, R. L. F. **Manual do Acordo de Não persecução Penal**. Salvador. Editora Juspodivum. 2020.p. 113/115.

Uma vez existente o ANPP, é preciso também que seja válido. Para tanto, é necessário que seja celebrado conforme os parâmetros legais estabelecidos em seu regramento<sup>84</sup>.

Neste ponto estão os requisitos genéricos dos negócios jurídicos, tal qual prevê o art. 104 do Código Civil. Assim, o agente pactuante deve ser capaz (civil e penalmente, portanto ter mais de 18 anos), o objeto do ANPP deve ser lícito, não podendo ter em suas cláusulas algo que se consubstancie em algo ilícito, e a forma deve ser aquela prescrita em lei<sup>85</sup>.

Uma vez existente e plenamente válido junto ao sistema legal, é necessário, também, que o ANPP seja apto a gerar efeitos no mundo jurídico. Para tanto, ele deve ser homologado pelo Poder Judiciário, através de um Juiz de Direito. Tal ato de homologação é um ato integrador da eficácia do ANPP, sem o qual o acordo não produz efeitos jurídicos.

Tal homologação se justifica na medida em que o ANPP é essencialmente um acordo entabulado na fase pré-processual da persecução. Assim, para dar maiores garantias ao pactuante de que o acordo preenche todas as condições de existência e validade, o legislador entendeu por bem subordinar sua eficácia à homologação judicial.

Uma vez homologado o ANPP está plenamente constituído, e apto a gerar os efeitos jurídicos que dele se espera. Não havendo homologação por qualquer motivo, caberá a interposição de recurso em sentido estrito contra esta decisão<sup>86</sup>.

Vistos os requisitos necessários para o firmamento do ANPP, tantos objetivos quanto subjetivos, bem como suas condições de existência, validade e eficácia, passar-se-á à análise de um ponto controvertido acerca da existência do ANPP: a sua validade no tocante ao princípio da obrigatoriedade, que orienta o processo penal brasileiro.

Em que pese já se ter deixado claro a sua natureza de ato pré-processual, o ANPP é realizado no bojo de um procedimento investigatório, que é o alicerce do ato

---

84“Portanto, a confissão não se afigura, por si só, inconstitucional, inconvençãoal ou ilegal. O problema reside na confissão forçada ou naquela obtida de modo clandestino, desacompanhada das conhecidas e indispensáveis advertências constitucionais, como exige o artigo 14, item 3, g, do Pacto Internacional sobre direitos civis e Políticos”. MESSIAS, M. op. cit., p. 18.

85 CABRAL, R. F. L. **Manual do Acordo de Não persecução Penal**. Salvador. Editora Juspodivum. 2020.p. 120.

86“Da decisão que não homologa o acordo de não persecução penal cabe recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, inciso XXV, do CPP: Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: (...) XXV - que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A desta Lei. SILVA, A. A. op. cit., p.62/63.

jurídico inaugural de um processo criminal, a denúncia formalizada pelo agente ministerial. Desta forma, o ANPP possui interferência direta no tocante ao princípio da obrigatoriedade.

Tal análise se justifica para que se deixe claro que o recém instituído ANPP não viola esse princípio, situação que poderia comprometer a validade do instituto, bem como representar uma violação a uma garantia dos cidadãos contra o Estado.

## 1.6 ANPP COMO EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

Inicialmente, o princípio da obrigatoriedade surgiu como uma ideia na busca da justiça social, no sentido de que, havendo indícios da prática de crime, o órgão estatal incumbido da persecução deve dar início ao processo criminal seja quem for a pessoa investigada, sem qualquer discricionariedade ao agente ministerial quanto à seleção de quem processar. Tal premissa foi insculpida no art. 24 do código de Processo penal, a qual emprega a locução verbal “será promovida” em modo imperativo<sup>87</sup>. Nesse sentido:

“Dispõe o caput do artigo 24 que, nos crimes de ação pública, esta “será promovida por denúncia do Ministério Público”. É do verbo no imperativo que parte da doutrina extrai o princípio da obrigatoriedade ou da legalidade da ação penal. Esse princípio significa que o Ministério Público, presentes os requisitos necessários para o oferecimento da denúncia – prova da materialidade e indícios de autoria de uma infração penal, na dicção legal –, deve fazê-lo. Dito de outra forma, presentes as condições da ação, o Ministério Público deve agir. Não há discricionariedade – ou seja, não pode fazer um juízo de conveniência e oportunidade – para deixar de oferecer denúncia, caso os requisitos para o oferecimento da denúncia estejam presentes. Trata-se de poder vinculado, ou seja, preenchidos os requisitos legais, há apenas uma alternativa ao MP: oferecimento da denúncia”.<sup>88</sup>

Não obstante a doutrina clássica aponte como sendo este o sentido do princípio da obrigatoriedade, nos dias atuais já tem se falado em uma mitigação a tal princípio, como forma de centralizar e racionalizar a atuação dos órgãos de persecução criminal, dada a realidade empírica<sup>89</sup> que demonstra que não é possível

<sup>87</sup>“Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 30 set. 2020

<sup>88</sup>FILHO, A. M. G.; TORON, A. Z.; BADARÓ, G. H. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 6 Mb; e-PUB 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. fl.04.

apurar, de forma eficaz e efetiva, todos os fatos criminosos que se noticiam junto às autoridades, levando-os a julgamento perante o poder judiciário<sup>90</sup>.

Tal tendência se refletiu em um primeiro momento na edição de leis que permitissem uma atuação mais voltada ao princípio da oportunidade<sup>91</sup> pelos membros do Ministério Público<sup>92</sup> para crimes com penas mais baixas e que não representassem uma lesão a bens jurídicos tão relevantes do ponto de vista social e público.

Esta situação reflete uma nova abordagem não só sobre o princípio da obrigatoriedade, como também sobre o princípio acusatório, no sentido de se dar mais liberdade ao órgão acusador estatal para a efetiva análise do que é mais relevante atuar, levar a juízo, despender esforços e recursos e do que possui menor relevância, ocasião que pode ocorrer uma barganha que, inclusive, levará, em muitos casos, a um resultado prático equivalente a uma condenação ou até mais favorável, do ponto de vista social<sup>93</sup>.

---

89“No âmbito do sistema formal de controle social, isto é, o sistema penal, as reformas institucionais que daí decorrem são apresentadas como tentativas de dar conta do aumento das taxas de criminalidade violenta, do crescimento geométrico da criminalidade organizada e do sentimento de insegurança que se verifica nos grandes aglomerados urbanos. A pressão da opinião pública, muitas vezes gerada e amplificada pelos meios de comunicação de massa, aponta no sentido de uma maior eficácia, tendo como paradigma preferencial a chamada política de “tolerância zero”, adotada pela prefeitura de Nova Iorque no início dos anos 90, e defendida por diferentes setores do espectro político”. AZEVEDO, R. G. Conciliar ou Punir? - Dilemas do Controle Penal na época Contemporânea. In: CARVALHO, S.; WUNDERLICH, A. (Orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialógica** - teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2002. p. 61.

90“Há uma tendência mundial de se restringir a obrigatoriedade da ação penal, em razão da constatação de que é impossível investigar e punir todas as condutas delitivas que ocorrem na sociedade. Em razão da sobrecarga dos órgãos de persecução, acabou-se concluindo, no âmbito internacional, que a aplicação cega e sem limites do princípio da obrigatoriedade acabaria levando ao efeito exatamente contrário ao que justificou seu nascimento: apenas parcela dos delitos e da população, em geral menos favorecida, acaba sendo investigada e punida.”. FILHO, A. M. G.; TORON, A. Z.; BADARÓ, G. H. op. cit., p. 04

91“Criminalistas há que defendem a adoção, nas legislações do chamado princípio de oportunidade. As autoridades incumbidas da repressão teriam o direito de alhear-se a qualquer iniciativa, em certos casos, em face de determinadas condições, uma das quais seria, evidentemente a de apresentar mínima importância o fato, embora enquadrável na lei”. GARCIA, B. Da Suspensão Condicional da Pena. In: **Execução Penal**. NUCCI, G S.; MOUR, M. T. R. (Orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais - (Coleção doutrinas essenciais- Processo Penal/ v.6). p.20.

92“A partir da década de 90 os países da América Latina passaram a adotar, expressamente, a oportunidade da ação penal em seus ordenamentos jurídicos. Geralmente, para delitos de pequeno e médio potencial ofensivo e de insignificante interesse público ou social (funcionalismo penal). Em Alguns países prevalece o controle do arquivamento pela Chefia do MP já outros o controle pela via judicial, mas permite-se ao Ministério Público o arquivamento de casos de pouca relevância, como nos delitos de bagatela”. MELO, A. L. A. Da Não Obrigatoriedade da Ação Penal Pública. . In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 209.

93 ARAS, V. Acordos Penais no Brasil: Uma análise à luz do Direito Comparado. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 280.

De outra banda não há que se confundir a mitigação do princípio da obrigatoriedade com o da oportunidade, com impunidade<sup>94</sup>. É de se lembrar que para que se haja um arquivamento de uma investigação em curso, há a necessária e devida fundamentação das razões que o membro do Ministério Público, dentro da sua independência funcional, possui e considera relevante para o não exercício da ação penal. Dentre tais fundamentos, por questão de política criminal, pode-se levantar a realização de uma barganha com o investigado, na forma de trazer mais benefícios não só aos órgãos de persecução, ai incluindo-se o Poder Judiciário, mas a toda a sociedade.

É de se registrar também que há posições no sentido de que tal princípio da obrigatoriedade sequer foi previsto expressamente pela legislação pátria, e mesmo que o fosse, não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sustentando tal posição, Alves de Melo explicita tal questão:

verifica-se que a oportunidade da ação penal não gera impunidade, e sim, mais eficiência, o que está em conformidade com o princípio constitucional da independência funcional do Membro do Ministério Público, sendo que o CPP no art. 28 não delimita as razões de arquivamento, portanto pode ser por política criminal e até mesmo provisoriamente por prioridades, em analogia nos termos do art. 18, do CPP, pois não tem a palavra "definitivo". Logo, o art. 24 do CPP não prevê a palavra obrigatoriedade, e no mesmo sentido o art. 100, §1º, do CP, e não há espaço para entender obrigatoriedade como implícito, e ainda que o previsse, seria inconstitucional (não recepcionado) pela Constituição Federal em face da independência funcional, sendo que este princípio não é algo absoluto, pois todo princípio tem efetividade, mas é um mandado de otimização, e com base no princípio da proporcionalidade perfeitamente aplicável a crimes de baixa e até média ofensividade<sup>95</sup>.

Nessa linha de raciocínio, tem-se argumentado que o art. 28 do Código de Processo Penal, pela sua própria redação posta, mitigaria o princípio da obrigatoriedade da ação ao mencionar a expressão “razões invocadas” para o arquivamento<sup>96</sup>. Parte-se de uma interpretação segundo a qual a lei processual penal permite que se argumente qualquer tipo de razão, incluindo neste conceito razões

94“Todas essas notas devem sempre ser vistas com a observância de que a acusação deve continuar existindo, na medida do brocardo jurídico de que *nullum iudicium sine accusationis*, pelo que não converte obrigatoriedade ora estudada em discricionariedade. Assim, potencializam-se os efeitos de prevenção geral, já que antecipam a resposta jurídica para o caso concreto; conseqüentemente, retiram obstáculos do Poder Judiciário para a apreciação de causas de maior complexidade e relevância; e criam resultados próximos da descriminalização sem que haja a retirada da obrigatoriedade de penalização das condutas”. BRANDALISE, R. S. **Justiça Penal Negociada**: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 168.

95MELO, A. L. A. op. cit., p. 214.

de política criminal, como as que levaram à edição da Resolução n. 181/2017 e da Lei 13.964/2019, que criou o instituto do acordo de não persecução<sup>97</sup>.

Como registrado, há inúmeros autores que propõe a inexistência efetiva, no nosso sistema jurídico, do princípio da obrigatoriedade, sob o argumento de inexistência de previsão legal expressa, ou que tal princípio seria inconstitucional. Outros o veem como mitigado com o princípio da oportunidade, apontando que as razões do arquivamento de eventual procedimento investigatório, podem ser amplas, e também fundados em questões de política criminal, que levariam a uma mitigação do princípio da obrigatoriedade.

Ademais, não é de se estabelecer uma parede separatória entre o que se tem entendido como princípio da obrigatoriedade e a celebração de eventual medida negocial no âmbito dos procedimentos investigatórios criminais.

Nessa perspectiva, não se vê óbice a existência de um princípio da obrigatoriedade como regra, mas que se faça uma seleção natural do que a política criminal entenda que se deve levar a análise do Poder Judiciário, buscando uma repressão estatal criminal.<sup>98</sup>

Como mencionado, há duas perspectivas para essa análise seletiva levada pelo órgão ministerial no tocante a mitigação do princípio da obrigatoriedade. A primeira é de política criminal, no sentido de se selecionar os crimes que são mais relevantes perante a sociedade em determinada época. A outra de caráter de justiça penal, na qual se avaliará o funcionamento de todo o aparelho estatal empregado para a apuração de fatos criminosos, na perspectiva de movimentação dessa máquina, que, por questões de lógica, não se demonstra razoável a utilização dela e de recursos humanos e financeiros para apuração de infrações de menor relevância

---

96 Complementando esta ideia, Aras expõe: "A Resolução CNMP 181/2017 surge nesse contexto normativo, no qual Ministério Público é a única instituição pública autorizada a decidir pela propositura ou pela não propositura da ação penal pública, cabendo-lhe motivar sua decisão. O princípio da oportunidade da ação penal permite ao *Parquet* não agir nos casos de mínima reprovabilidade ou escassa lesividade e também naqueles nos quais houve o integral restabelecimento do status quo ante (como na devolução da coisa furtada)". ARAS, V. op. cit., p.288/ 289.

97 "Há bastante tempo FREDERICO MARQUES, lembrando o juiz Euclides Custódio da SILVEIRA", já admitia que o art. 28 do CPP mitiga o princípio da obrigatoriedade da ação penal, por fazer referência a "razões invocadas". ARAS, V. op. cit., p. 288.

98 CABRAL, R. L. F. **Acordo de Não Persecução**: Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 1/17-CNMP), com as alterações da Resolução n. 183/18/CNMP. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) Acordo de não persecução penal. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 38.

que podem ser resolvidas através de formas consensuais e que tenham resultados práticos equivalentes<sup>99</sup>.

É de se mencionar que tal situação quanto à controvérsia advinda do princípio da obrigatoriedade como possível imitador de políticas penais consensuais é algo que não ocorre junto a outros sistemas consensuais, como o *Plea Bargaining*, já analisado em tópico anterior.

Em tal sistema não há uma definição jurídica sobre como o órgão acusador deve pautar-se diante do exercício da ação penal, dado sua origem no *common law*<sup>100</sup>. Ademais, em tal sistema há a peculiaridade, já dita, de que a sanção imposta decorrente da negociação será imposta diretamente pelo judiciário, diferentemente da sistemática do acordo de não persecução, como já analisado.

Nesse sentido, resumindo a ideia central no sentido de que as questões de política criminal podem e devem ser levadas em conta no tocante a aplicação do princípio da obrigatoriedade, Souza sintetiza:

A definição de situações e pressupostos capazes de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, por meio de uma norma infralegal, equivale a legítima e salutar penetração das decisões valorativas político-criminais no sistema do direito penal a que se refere Claus Roxin<sup>101</sup>

Desta forma, não há como se entender que o instituto do acordo de não persecução penal viole o princípio da obrigatoriedade, a um, porque há parte da doutrina que entende que este não é um princípio expresso em nosso ordenamento jurídico, e que sequer seria constitucional, a dois, porque há expressa previsão legal no tocante a uma cláusula genérica de arquivamento de procedimentos investigatórios, que permite que se utilize, de forma fundamentada, até mesmo razões de política criminal como a realização de barganhas processuais e, a três, pelo fato de, acaso de aceite a existência do princípio da obrigatoriedade em nosso ordenamento, que ele é suscetível de mitigações, não sendo um princípio estanque, impassível de abrir espaço para o não exercício da ação penal em certos casos, e, a

99 “Não há nenhum problema em se criar exceções ao princípio da obrigatoriedade. Afinal, como o referido postulado não tem status constitucional – para muitos, o fundamento legal do princípio da obrigatoriedade é o art. 24 do CPP –, outra lei ordinária pode criar exceções a sua aplicação, como aliás já ocorre em diversas hipóteses”. LIMA, R. B. op. cit.; p. 222.

100 MENDONÇA, A. C. A Defesa Técnica e o Acordo de Não Persecução Penal. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 346.

101 SOUZA, R.; CUNHA, R. S. A legalidade do Acordo de Não Persecução Penal: Uma Opção Legítima de Política Criminal. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 128.

quatro, porque não há uma relação de antagonismo entre o princípio da obrigatoriedade e a existência de medidas consensuais, uma vez que as mesmas expressam razões de política criminal e política penal benéficas para todo o sistema judicial e para a sociedade como um todo e que portanto, não violam o princípio da obrigatoriedade, que continua a ser aplicado em casos de crimes de maior relevância.

Feita a análise do instituto como meio de concretização da justiça consensual junto ao sistema de justiça brasileiro, e sua análise do ponto de vista legal, impende-se agora analisar o instituto sob um viés das teorias da justiça, notadamente, sob o ponto de vista de dois dos expoentes da filosofia do direito e que possuem as teorias de maior repercussão no ambiente acadêmico, quais sejam, Jeremy Bentham e John Rawls.

Uma vez iniciado o estudo do acordo de não persecução penal, a primeira crítica que se tem encontrado em algumas obras doutrinárias e artigos é a sua classificação como instituto utilitarista<sup>102</sup> ou advindo de uma tendência de utilitarismo processual<sup>103</sup>. Assim, é necessário primeiramente compreender o que seria o utilitarismo, bem como se é correto do ponto de vista desta teoria da filosofia política classificar o acordo de não persecução penal como um instituto de essência utilitarista.

Tal análise se faz relevante para o presente trabalho em especial, quando se busca verificar se o instituto jurídico em questão possui consonância com os princípios constitucionais erigidos como nortes do regime jurídico pátrio, e de um ponto de vista da filosofia da justiça, pode ser visto como justo, vez que se adentra em uma área sensível do direito, qual seja, a questão de imposição de uma sanção decorrente de ato supostamente criminoso.

Ademais, de forma crítica, pode-se suscitar hipóteses abstratas para o enfrentamento de questões que provavelmente surgirão na aplicação prática do ANPP, e se verificar, de um ponto de vista filosófico, se a solução dada pela

---

102 “Ao examinar os principais casos nos quais a Suprema Corte aborda o plea bargaining, destacam-se: Santobello v. New York, Corbitt v. New Jersey, Bordenkircher v. Hayes, United States Ruiz, Puckett v. United States,”; Padilla v. Kentucky, Lafler Cooper, Missouri v. Frye, do os mencionados casos sobre o assunto, não há dúvida do viés utilitarista da fundamentação usada para justificar a aplicação do plea bargaining”. SOUZA, M. **Plea Bargaining no Brasil – O Processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. Salvador. Editora JusPodvm. 2019. p. 109/2010.

103 BRANDALISE, R. S. op. cit., p. 137/138.

aplicação do acordo de não persecução se apresenta como medida pacificadora e concretizadora de uma ideia de justiça.

Uma vez analisado o instituto do acordo de não persecução junto à teoria utilitarista da justiça, relevante também uma análise do ANPP perante a sua teoria crítica, qual seja, a teoria da justiça de John Rawls, que apresenta em sua obra uma teoria da filosofia política da justiça diametralmente oposta à teoria utilitarista, e que é apontada por muitos como a principal teoria da justiça da atualidade.

## 2 OS FUNDAMENTOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UTILITARISMO VERSUS JUSTIÇA MATERIAL?

### 2.1 O UTILITARISMO E O ANPP

Ao se iniciar o estudo do tema da justiça penal negociada, gênero dentro do qual se insere o acordo de não persecução penal, depara-se com fortes críticas aos institutos sob a alegação de que são instrumentos utilitaristas, que acabam por violar princípios processuais e direitos e garantias fundamentais<sup>104</sup>. Assim o sendo, para compreender melhor as críticas, e poder analisá-las de forma a concluir se possui procedência ou não, é necessário verificar inicialmente o que seria a teoria utilitarista, bem como de que forma o acordo de não persecução pode ser visto dentro dela.

Inicialmente, importante ressaltar que a teoria utilitarista é conceituada como uma teoria ético normativa que avalia a utilidade de uma ação, balizando-a como justa e positiva na medida em que tem o potencial de trazer mais prazer, em detrimento de uma ação hipotética que traga mais dor – sofrimento<sup>105</sup>.

Nos dizeres de Jeremy Bentham:

---

<sup>104</sup>“Com o advento da Lei no 9.099/95, foi introduzida uma variação no modelo de *reparto* até então adotado no nosso processo penal: a justiça negociada. Para grande parte da doutrina brasileira, uma inovação revolucionária (ou perigoso retrocesso?). Contudo, com o passar dos anos, a criatura virou-se contra o criador, ou melhor, mostrou sua verdadeira cara. Nossa breve abordagem será, essencialmente, processual, buscando demonstrar que a *plea negotiation* é fruto de uma política de *utilitarismo processual*, em que se busca a máxima *eficiência* (antigarantista)”. LOPES JÚNIOR., A. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antigarantista. In: CARVALHO, S.; WUNDERLICH, A. (Orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogal** - teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2002. p. 99 .

Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, com a que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo. O termo utilidade designa aquela propriedade existente em qualquer coisa, propriedade ou virtude da qual o objeto tende a produzir ou proporcionar benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isto no caso presente se reduz à mesma coisa), ou (o que novamente equivale à mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal ou a infelicidade para a parte cujo interesse está em pauta; se esta parte for a comunidade em geral. Tratar-se-á da felicidade da comunidade, ao passo que, em se tratando de um indivíduo particular, estará em jogo a felicidade do mencionado indivíduo<sup>106</sup>.

Assim, o benefício genericamente considerado e conceituado como felicidade deve ser compreendido como a solução de um raciocínio matemático: o resultado da subtração das dores causadas por determinada ação ou atuação pelos benefícios (ou felicidades) geradas por elas. De outro lado, Bentham pontua que somente a experiência prática pode demonstrar se uma ação ou instituição é útil ou não, como resultado desta análise.

Neste ponto, é de se registrar que o utilitarismo desperta elogios no tocante ao seu caráter igualitário, vez que iguala interesses com o fim de maximizar o bem-estar, tendendo a considerar como iguais preferências diversas em uma análise objetiva do que se está em jogo. Assim sendo, por mais influente que determinado grupo minoritário possa ser, se o interesse deste não for o que mais traga prazeres e benefícios para a sociedade como um todo deve ser desprezado, priorizando-se sempre a ação que beneficie a maioria<sup>107</sup>.

---

105 “A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e por outra, a cadeia das causas e dos efeitos”. BENTHAM, J. **Uma introdução aos princípios da Moral e da Legislação**. 2. ed. São Paulo. Abril, 1974. p. 03.

106 BENTHAM, op. cit. p. 05.

107 “Quanto aos pontos antes mencionados, convém citar um novo e (aparentemente) decisivo argumento a favor do utilitarismo, que é o seu caráter (prima facie) igualitário. Para muitos autores liberais, como Ronald Dworkin, o igualitarismo dessa postura representa o dado mais interessante dela. Esse alegado igualitarismo surge do fato de o utilitarismo - em sua pretensão de maximizar o bem-estar, tende a considerar como iguais as diferentes preferências em jogo perante determinado conflito de interesses. [...] A maximização do bem-estar parece requerer reconhecimento dessa demanda majoritária para existir, e, independentemente de seu conteúdo ou do status específico de quem a solicita. Nesse sentido, o utilitarismo revela seu estrito compromisso igualitário: não há ninguém cujas preferências importam mais que as dos demais quando se trata de reconhecer qual preferência consegue centralizar maior respaldo social. GARGARELLA, R. **As teorias da Justiça Depois de Rawls**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 02.

Prosseguindo neste raciocínio, um ato ou ação serão justos se sua consequência trazer mais prazer do que dor, não só para quem o pratica, mas para todos os envolvidos na relação de causa e efeito, podendo ser compreendido neste contexto, a depender do ato ou fato, toda a sociedade<sup>108</sup>.

Assim, o utilitarismo da forma exposta pela teoria de Jeremy Bentham é uma teoria da Justiça que classifica determinada ação como justa ou como injusta, a depender das consequências das ações efetuadas. Acaso gere mais prazeres (benefícios) será justa, acaso gere mais dores (malefícios) será injusta.

Deste modo, os institutos podem ser justos ou injustos perante tal teoria, mas ao se referir a um instituto como “utilitarista” incide-se em equívoco, sendo mais correto tecnicamente a sua classificação como “justo perante a teoria utilitarista”, e não como “utilitarista”, pois desta forma, faz-se referência a uma teoria de filosofia da justiça que simplesmente classifica as ações concretas e não incorpora ações para si, rotulando-as como “utilitaristas” ou “não utilitaristas”.

Do acima exposto pode-se concluir que conceitualmente a forma de se fazer referência ao instituto do acordo de não persecução penal, ou qualquer outro inserido dentro do gênero da justiça penal negociada, como “utilitarista” é terminologicamente equivocado.

Seguindo essa linha lógica, Bentham aponta que há quatro fontes distintas de prazeres e de dores, quais sejam, fonte física, fonte política, fonte moral e fonte religiosa<sup>109</sup>.

Sendo o acordo de não persecução penal um instituto emanado de agentes do poder público, na medida em que surgiu através de resolução do CNMP e após veio a ser regulado por lei federal, proveniente do trabalho de integrantes do poder legislativo<sup>110</sup>, pode-se considerar que sua análise deve ser feito através de uma valoração advinda da fonte política. Assim, cabe a nós de forma crítica analisarmos se do ponto de vista político, o acordo de não persecução pode ser visto com um

---

108 Em outras palavras: “As teorias utilitaristas defendem que para a avaliação da moralidade dos atos humanos se deva sempre levar em conta as consequências, os resultados das ações, se esses propiciarem o “maior bem-estar para o maior número possível de pessoas”, ou seja, a maximização do bem-estar. Apesar das dificuldades de se conceituar o que é bem-estar, isto pode significar que, quando são de frontadas duas ou mais opções, dever-se-ia pesar cada uma delas e escolher aquela que trouxesse mais benefícios e na qual fosse eliminado, evitado ou minimizado o dano, o sofrimento, a dor, ou seja, tudo o que for considerado em oposição ao bem, à felicidade do maior número de pessoas envolvidas.” NEVES, D. A. O critério utilitarista será adequado para situação de risco? **Rev. Bras. Saude Mater. Infant.**, Recife, v. 10, supl.2, p.347-353, 2010.

109“BENTHAM, J. **Uma introdução aos princípios da Moral e da Legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os Pensadores). p.13/14.

instituto justo, na medida em que proporcione maiores benefícios (prazeres) para a sociedade como um todo, em contrapartida às dores (possíveis malefícios) que traz.

Dentro dessa perspectiva, é de se ressaltar a necessária vinculação entre o exercício desta atividade e os motivos que levam aos agentes políticos a promoção de ato político, entendido este, como manifestação do poder político estatal. Nessa linha, Bentham também aponta que qualquer ato ou ofensa podem assumir diferente caráter, segundo a motivação que lhe deu origem, o que nos leva a necessidade de analisar os motivos originários da ação humana para uma correta valoração dos seus efeitos positivos ou negativos<sup>111</sup>.

No caso em análise, em relação ao acordo de não persecução penal, verifica-se que a própria Resolução n. 181 do CNMP, expôs os motivos que levaram a sua edição<sup>112</sup>, os quais, em resumo podem ser elencados: 1) necessidade de modernização das investigações com o escopo de agilização das mesmas, e efetivação dos direitos fundamentais dos investigados e vítimas; 2) redução da elevada carga de processos em trâmite nos tribunais e varas penais em todo o país, 3) dar celeridade a atuação das investigações penais através de soluções alternativas, evitando-se a judicialização de situações de menor complexidade.

---

110“Os prazeres e as dores constituem os instrumentos com os quais o legislador deve trabalhar. Por este motivo convém que compreenda a força dos mesmos ou seja, em outros termos, o seu valor. Para uma pessoa considerada e si mesmo, o valor de um prazer ou de uma dor, considerado em si mesmo, será maior ou menor segundo as quatro circunstâncias que seguem: 1) a sua intensidade; 2) a sua duração; 3) a sua certeza ou incerteza; 4) a sua proximidade no tempo ou a sua longinquidade.” Ibidem, p. 16.

111 “Constitui verdade reconhecida que qualquer espécie de ato – e conseqüentemente qualquer espécie de ofensa, é suscetível de assumir um caráter diferente e de produzir efeitos diferentes, segundo a natureza do motivo que lhe deu origem. Isto faz com que seja necessário empreender um exame dos vários motivos pelos quais a conduta humana pode ser influenciada. Por motivo, no sentido mais vasto em que o termo é usado com referência a um ser pensante, designa-se qualquer coisa que possa contribuir para produzir qualquer espécie de ação, ou mesmo, para evitá-la ou impedi-la”. Ibidem, p. 28.

112“Considerando a necessidade de permanente aprimoramento das investigações criminais levadas a cabo pelo Ministério Público, especialmente na necessidade de modernização das investigações com o escopo de agilização, efetividade e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e das prerrogativas dos advogados, superando um paradigma de investigação cartorial, burocratizada, centralizada e sigilosa; Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais; Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais, RESOLVE, nos termos do art. 130-A, § 2º, I, da Constituição Federal, expedir a seguinte RESOLUÇÃO”

Por tais razões, como já anteriormente mencionado, o instituto é conceituado por alguns como um exemplo do que se tem chamado de utilitarismo processual, no qual se priorizam soluções úteis e práticas ao sistema de justiça como um todo, embora boa parte da doutrina utilize tal expressão de forma crítica para se referir a um modelo onde se colocam os direitos e garantias individuais em um segundo plano<sup>113</sup>.

De igual forma, o grupo de trabalho da Câmara de Deputados estruturado para a análise dos projetos de lei 10.372/2018, 10373/2018 e 882/2019, que viriam a ser aprovados e transformados na Lei 13.964/2019 – Pacote anticrime-, quando da análise do instituto do acordo de não persecução penal, ponderou que:

A Exposição de Motivos salienta que a tendência de acordo é inevitável: “o antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. Desde 1995, a Lei nº 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de 1 ano de prisão. Na esfera ambiental, o Termo de Ajustamento de Conduta vige desde a Lei nº 7.347, de 1995. Os acordos entraram na pauta, inclusive, do poder público, que hoje pode submeter-se à mediação (Lei nº 13.140, de 2015). O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves<sup>114</sup>.”

Dos fundamentos expostos, os dois últimos são os que aparentam justificar a criação do instituto perante o sistema normativo brasileiro, quais sejam: 1) número extremamente elevado de processos em trâmite nas varas criminais do país, e o custo que estes processos têm para o contribuinte; 2) necessidade de soluções alternativas no processo criminal que proporcionem maior celeridade na resolução de casos de baixa gravidade.

Expostos os motivos ponderados pelos criadores da Resolução 181/2017, ato que originou o acordo de não persecução no sistema jurídico brasileiro, bem

---

113“O utilitarismo processual é outro ponto de interesse para encontrar um equilíbrio entre a necessidade de justiça e os direitos fundamentais dos réus. No entanto, o que significa o termo utilitarismo processual? Como o utilitarismo processual se relaciona com a necessidade de justiça e prática de barganha nos Estados Unidos? A expressão utilitarismo processual tem sido utilizada por estudiosos brasileiros, com uma conotação peculiar e negativa, como sendo a busca incessante por eficiência no sistema de justiça criminal, sem preocupação adequada com os direitos fundamentais dos acusados”. SOUZA, M. **Plea Bargaining no Brasil** – O Processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. Salvador. Editora JusPodvm, 2019. p.102.

114 Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=FCAB0C149DE1B082D5ADD66DB99B9F39.proposicoesWebExterno2?codteor=1772332&filename=Tramitacao-PL+10372/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FCAB0C149DE1B082D5ADD66DB99B9F39.proposicoesWebExterno2?codteor=1772332&filename=Tramitacao-PL+10372/2018). p.135. Acesso em 15 abr. 2020.

como da Lei 13.964/2017, responsável pela inserção do art. 28-A do Código de Processo Penal, cumpre agora analisar se o instituto em análise possui em sua gênese fundamentos motivacionais utilitaristas ou não e se tais são suficientes para a demonstração de sua compatibilidade com esse paradigma de justiça, em especial no tocante às consequências que sua instituição traz para o sistema jurídico pátrio<sup>115</sup>.

Do contexto das razões expostas para a sua criação, verifica-se que o acordo de não persecução penal pode ser visto como instituto essencialmente justo perante a teoria utilitarista uma vez que busca um benefício maior a toda a coletividade como resultado prático consequencialista<sup>116</sup> de sua aplicação, o qual pode ser enquadrado como algo que proporcionaria prazer para todos os envolvidos maiores que as dores. Façamos uma análise detalhada da sua aplicação.

Prosseguindo na análise consequencialista do acordo de não persecução penal, para o Poder Judiciário o acordo trará benefícios vez que implicará inevitavelmente na redução do número de processos em trâmite perante as Varas Criminais de todo o país, uma vez que a imensa maioria dos crimes possui pena mínima inferior a 04 anos<sup>117</sup>, bem como enquadraram-se nos critérios estabelecidos para a sua factibilidade nos termos da resolução 181/CNMP e do art. 28-A do CPP.

Perante o órgão do Ministério Público, tem-se também um benefício já que, uma vez convencido da prática de um crime pelo acordante (lembrando-se que se faz necessária a confissão para o oferecimento do acordo), é desnecessário a atuação perante um processo criminal estabelecido junto ao poder judiciário, que possui como característica a formalidade e é inevitavelmente moroso em nossa realidade. Portanto, também do viés do segundo envolvido o acordo traz benefícios.

---

115 “Bentham distingue entre intenção e motivo: as intenções de um homem podem ser boas e os seus motivos maus. *A*, por exemplo, pode processar *B*, sem malícia, por um crime que *B* não cometeu; o motivo de *A* é mau, mas a sua intenção pode ser boa se pensar genuinamente que *B* é culpado. Em si mesmo, diz Bentham, nenhum motivo é bom nem mau; palavras como «luxúria», «avareza», e «crueldade» só denotam maus motivos no sentido em que nunca são correctamente aplicadas, a não ser quando os motivos que assinalam são maus”. KENNY, A. **História Concisa da Filosofia Ocidental**. 1ª edição. Lisboa. Sociedade Industrial Gráfica. 1999. p. 394.

116 “A influência de Bentham na filosofia moral foi enorme. Podemos dividir os filósofos morais em absolutistas e consequencialistas. Os absolutistas acreditam que existem algumas espécies de acções intrinsecamente erradas que nunca devem ser executadas, sejam quais forem as consequências de nos abstermos de praticá-las. Os consequencialistas acreditam que a moralidade das acções deve ser avaliada pelas suas consequências e que não existe categoria alguma de actos que não possam, em circunstâncias especiais, ser justificados pelas suas consequências. Antes de Bentham, a maior parte dos filósofos eram absolutistas, porque acreditavam numa lei natural ou em direitos naturais”. *Ibidem*, p. 391.

117 “Se fizermos um estudo dos tipos penais previstos no sistema brasileiro e o impacto desses instrumentos negociais, não seria surpresa alguma se o índice superasse a casa dos 70% de tipos penais passíveis de negociação, de acordo. LOPES JR., Aury. *Direito Processo Penal - 17ª Edição* 2020. Editora Saraiva. Edição do Kindle. p.307.

Por sua vez, com relação ao pactuante investigado, podemos imaginar duas situações distintas, ambas a serem analisadas perante a teoria utilitarista de Bentham.

A primeira, na qual o investigado realmente cometeu a infração penal, confessa espontaneamente, e perfazendo os demais requisitos previstos na resolução de n. 181/2017 do CNMP e na Lei 13.964/2019, pactua com o acordo e suas condições.

Uma vez homologado pela autoridade judiciária competente e posteriormente cumpridas as condições impostas, há o arquivamento do procedimento investigatório, e a declaração da extinção da punibilidade do agente, na forma estabelecida no §13º do art. 28-A do CPP não restando quaisquer consequências negativas ao investigado, afora a impossibilidade de pactuação do mesmo benefício no prazo de 05 anos nos termos do art. 28-A, §2º, III, do CPP. Pondera-se aqui, em face das consequências da celebração do ANPP, as consequências que uma condenação criminal acarreta, tais como os efeitos genéricos e específicos da condenação previstos nos artigos 91 e 92 do Código Penal respectivamente, bem como a suspensão dos direitos políticos nos termos do art. 15, III, da Constituição Federal.

Neste viés, tem-se que a celebração de um acordo de não persecução criminal, sob o ponto de vista do investigado, traz-lhe mais benefícios, uma vez que cumpriria medidas menos graves que as eventualmente impostas em uma condenação criminal, bem como não incidiriam sobre ele as suas consequências, afora as impostas como condições para firmamento ao pacto (reparação do dano, perda do produto e do proveito do crime, etc.).

Uma segunda situação a ser pensada no tocante à análise utilitarista de um eventual acordo de não persecução penal na perspectiva do investigado dá-se na hipótese deste não ser autor do fato delituoso, porém, por questões de

conveniência, achar por bem aceitar um acordo com fins de se evitar os efeitos de uma condenação criminal, acima descritos<sup>118</sup>.

Embora tanto o caput do art. 18 da Resolução de n. 181 do CNMP quanto o caput do art. 28-A do CPP prevejam a necessidade de confissão formal e circunstanciada, o que para alguns pode afastar a hipótese ora levantada<sup>119</sup>, nada impede que este fato realmente ocorra, ainda mais em se tratando de crimes mais leves e que são classificados como não transeuntes, os quais não deixam vestígios, como os crimes de ameaça dependendo do seu modo de operação<sup>120</sup>.

Pensemos sob o viés utilitarista, sobretudo numa lógica utilitarista normativa<sup>121</sup>, que defende que é justo ou virtuoso o que contribui para a maximização da felicidade de todos ou do maior número. Nessa lógica, pouco importa se o pactuando num acordo de não persecução penal seja absolutamente inocente com

---

118 "Importantes e bons juristas já se manifestaram: A) Tofic disse bem: "Os próprios EUA estão revendo este modelo, inclusive, depois que muitos erros judiciais grosseiros foram revelados". B) Callegari vai além: "O processo é caro nos EUA e como o MP pode imputar vários fatos idênticos que se sobrepõem o acusado fica com medo e aceita o acordo. Mas há estudos de que muitos deles não resultariam em condenação caso houvesse o processo. Provavelmente, se o processo fosse até o fim haveria muitos casos com absolvições". C) Aury complementa: "O plea bargain americano não se encaixa no sistema brasileiro. Hoje, fala-se em 90% de negociação nos EUA como se fosse algo extremamente positivo, quando, na verdade, não é. Representa um afastamento da jurisdição. Em cada 10 casos, nove se resolveram em negociação entre acusado e MP. É uma lógica negocial no processo que é excessiva. O tamanho da população carcerária é sintoma de uma banalização". STRECK, L. L. **Barganha pena que ameaça garantias é fast food processual**, Revista Consultor Jurídico, 10 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual>. Acesso em 20 fev. 2019.

119 "A confissão circunstancial deve ser entendida como aquela que apresenta a versão detalhada dos fatos, cujas informações mantenham uma coerência lógica, compatibilidade e concordância com as demais provas contidas no procedimento. É do confronto com as demais provas do procedimento que deve ser aferida a credibilidade da confissão. Confissões oportunistas e mentirosas, identificáveis por meio de declarações desconexas com as outras circunstâncias de tempo, local, modo etc., devem ser refutadas para a celebração do acordo. SOUZA, R. **Acordo de não persecução penal: o papel da confissão e a inexistência de plea bargain**. Revista Consultor Jurídico, 7 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistencia-plea-bargain>. Acesso em 20 fev. 2019.

120 Nesse contexto, expõe-se a crítica às formas de barganha processual penal de Aury Lopes Jr.: "O pacto no processo penal é um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao "acordo" vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra. Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao "negócio". O promotor, disposto a constranger e obter o pacto a qualquer preço, utilizará a acusação formal como um instrumento de pressão, solicitando altas penas e pleiteando o reconhecimento de figuras mais graves do delito, ainda que sem o menor fundamento. A tal ponto pode chegar a degeneração do sistema que, de forma clara e inequívoca, o saber e a razão são substituídos pelo poder atribuído ao Ministério Público". LOPES JÚNIOR, A. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista. In: CARVALHO, S.; WUNDERLICH, A. (Orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogal** - teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2002. p. 121.

relação ao fato investigado, na medida em que, para a maior parte dos envolvidos (Poder Judiciário, Ministério Público, e da coletividade), em uma análise empírica, a inexistência de um processo criminal, moroso e custoso para o contribuinte, é a melhor alternativa numa perspectiva de geração de prazer para a maior parte dos envolvidos.

Tal raciocínio vai de encontro com a lógica estabelecida numa perspectiva kantiana, sobretudo descrita em seu imperativo categórico<sup>122</sup>, porém, em uma análise puramente utilitarista, o acordo de não persecução criminal é um instituto que, em um exame empírico, produz benefícios (prazeres) a todos ou a maior parte dos envolvidos nas situações acima descritas em detrimento de malefícios (dor/sofrimento). É, portanto, positivo o acordo de não persecução criminal em uma análise ético utilitarista, com base na teoria normativa utilitarista de Jeremy Bentham.

Conclui-se, portanto, dos exemplos acima explorados que o acordo de não persecução penal pode sim ser classificado como um instituto justo perante a teoria utilitarista na forma exposta segundo a lógica de Bentham.

Entretanto, também é de se mencionar a existência de uma abordagem mais suavizada da análise utilitarista, exposta nas lições de John Stuart Mill, responsável

---

121 “Parece assim necessário, por razões de maior clareza e de precisão, distinguir três registros do utilitarismo: o do utilitarismo prático, o do utilitarismo teórico (ou cognitivo), e, finalmente, o do utilitarismo normativo (ou filosófico), apresentando-se cada um destes três registros segundo, pelo menos, duas modalidades, ou mesmo três, possíveis, a do utilitarismo sofisticado (ou distinto), vulgar e economicista. Por utilitarismo prático designo simplesmente o que o sentido corrente entende quando estigmatiza os calculadores interessados. O utilitarismo prático sofisticado é o que calcula, com vistas a realizar interesses superiores, por exemplo religiosos ou altruístas. O utilitarismo vulgar é o que só persegue interesses egoístas.[...] O utilitarismo normativo ou filosófico, finalmente, defende que é justo ou virtuoso o que contribui para a maximização da felicidade de todos ou do maior número”. CAILLE, A. O princípio de razão, o utilitarismo e o antiutilitarismo. **Soc. estado.**, Brasília, v.16, n.1-2, p.26-56, 2001. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69922001000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922001000100003&lng=en&nrm=iso). Acesso em 21 jan. 2019.

122 “A partir das afirmações sobre o utilitarismo de Bentham explanadas acima, é possível depreender que o princípio da utilidade é tanto o fundamento da ética quanto do direito, assim como, para Kant, o imperativo categórico constitui o fundamento da ética e do direito. Contudo, a origem de ambos os princípios é totalmente distinta: enquanto o imperativo categórico é uma lei formal derivada exclusivamente da razão, sem nenhuma interferência do homem empírico ou das consequências que pode ocasionar, o princípio da utilidade é um princípio conforme uma noção de natureza humana observada empiricamente. Não obstante as diferentes origens epistemológicas do imperativo categórico e do princípio de utilidade, ambas as teorias, com base em seus princípios que fundamentam a ética e o direito, aspiram à universalidade. DIAS, M. C. L. C. O direito e a ética em Bentham e Kant: uma comparação. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 38, n.1, p147-166, 2015. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-31732015000100147&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732015000100147&lng=en&nrm=iso). Acesso em 22 jan. 2020

por uma abordagem menos rígida no tocante ao utilitarismo<sup>123</sup>, segundo a qual, em uma escolha entre a felicidade individual e a coletiva, deve sempre prevalecer esta última, na medida em que o utilitarismo exige que na análise entre prazeres e dores, o expectador julgador o faça de maneira desinteressada<sup>124</sup>, porém sempre respeitando as liberdades individuais<sup>125</sup>, abordagem que parece mais adequada como modo de se analisar o acordo de não persecução de um ponto de vista utilitarista.

Assim o instituto do acordo de não persecução pode ser visto como adequado do ponto de vista puramente utilitarista estabelecido por Jeremy Bentham<sup>126</sup>, pois de modo geral, possui como causa motivadora o benefício da maior parte dos integrantes da sociedade, e suas possíveis consequências são passíveis

---

123“Mill suavizou o utilitarismo de Bentham de muitas formas. Os críticos tinham objectado que a suposição de que a vida não tem um fim mais elevado do que o prazer era uma doutrina digna apenas de porcos. Mill respondeu fazendo uma distinção entre a qualidade dos prazeres. «Dados dois prazeres, se existir um que todas ou quase todas as pessoas que dele tiveram experiência preferiram decididamente, sem relação com qualquer sentimento de obrigação moral para o preferir, é esse o prazer mais desejável». Na posse desta distinção, Mill está apto a concluir que «É melhor ser um ser humano insatisfeito do que um porco satisfeito; é melhor ser Sócrates insatisfeito do que um louco satisfeito”. KENNY, A. op. cit. p. 395.

124 “Tenho de voltar a repetir o que os críticos do utilitarismo raramente têm a justiça de reconhecer: que a felicidade que constitui o padrão utilitarista daquilo que está certo na conduta não é a felicidade do próprio agente, mas a de todos os envolvidos. Quanto à escolha entre a sua própria felicidade e a felicidade dos outros, o utilitarismo exige que ele seja tão estritamente imparcial como um espectador benevolente e desinteressado. Na regra de ouro de Jesus de Nazaré, lemos todo o espírito da ética da utilidade, Tratar' os outros como queremos que nos tratem e amar' o nosso próximo como a nós mesmos constituem a perfeição ideal da moralidade utilitarista. Quanto aos meios para a máxima aproximação a este ideal, a utilidade prescreve, em primeiro lugar', que as leis e estruturas sociais coloquem tanto quanto possível a felicidade ou (como se lhe pode chamar para falar em termos práticos) o interesse de qualquer indivíduo em harmonia com o todo, e, em segundo lugar, que a educação e a opinião, que têm um poder tão grande sobre o carácter humano, usem esse poder para estabelecer na mente do indivíduo uma associação indissolúvel entre a sua própria felicidade e o bem comum”. MILL, J. S. **Utilitarismo**. Introdução, tradução e notas de Pedro Galvão. Porto (Portugal): Porto Editora Ltda., 2005. p. 59.

125 Assim, segundo Mill, “(...) em geral se admite que é melhor ao interesse comum da humanidade os homens perseguirem seus objetivos sem que os detenha essa espécie de consequência” Desse modo, podemos reiterar que os argumentos de Mill para o princípio da liberdade estão fundamentados em seu utilitarismo. [...] O utilitarismo de Mill, portanto, protegeria os interesses vitais dos indivíduos como condições mínimas para a promoção da felicidade, desaprovando a promoção do bem-estar por intermédio da limitação da liberdade individual. SIMÕES, M. C. John Stuart Mill: utilitarismo e liberalismo. **Veritas**, v. 58, n. 1, jan./abr. 2013, p. 174-189. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/12909>. Acesso em 12 abr 2020.

126 “Bentham chama à ideia mestra do sistema «o princípio da utilidade», ou «o princípio da maior felicidade». O princípio da utilidade avalia todas as acções segundo a tendência que parecem ter para aumentar ou diminuir a felicidade. A promoção da maior felicidade para o maior número é o único fim correcto e apropriado para as acções humanas, e as leis e sistemas legais devem ser testados pela sua conformidade, ou pela sua ausência de conformidade, a esse objectivo. O princípio da utilidade permite-nos distinguir as boas das más leis e é a única fonte de obrigação política. Bentham defendia que a crença na lei natural, em direitos naturais ou em contratos sociais não passava de superstição”. KENNY, A. op. cit., p. 390.

de trazerem mais benefícios – prazeres – do que dores, para a população como um todo<sup>127</sup>.

Numa abordagem menos rígida, na linha de John Stuart Mill, o utilitarismo pode ser balizado também como uma medida de maximização das felicidades, porém com restrições no tocante aos direitos individuais, perspectiva que talvez seja mais adequada quando do enquadramento como justo do acordo de não persecução penal<sup>128</sup>. Nesta linha, também justo o será, desde que da sua valoração consequencial não haja violação grave dos direitos individuais.

Em verdade o ANPP aparenta ser um instituto com viés muito mais pragmatista do que utilitarista, sendo pragmatismo aqui entendido como aquela corrente filosófica que se importa e avalia os resultados de uma ação para valorá-la<sup>129</sup>. Nos dizeres de Posner:

“Pragmatismo jurídico não é apenas um termo sofisticado para julgamento ad hoc; O termo envolve a consideração de consequências sistêmicas e não apenas específicas do caso. Apenas em circunstâncias excepcionais, no entanto, o pragmático jurídico dá peso controlador às consequências sistêmicas, como o formalismo jurídico faz; isto é, apenas raramente o formalismo legal será pragmático estrategicamente. E às vezes as

127 “Não se pode negar, porém, que o utilitarismo tem alguns méritos – como o reconhecimento de ações e suas consequências para os indivíduos e a sociedade. A teoria aplica a igualdade formal, considerando que o princípio da maior felicidade trata a todos com imparcialidade. O utilitarismo é também uma teoria da inclusão radical, uma vez que todo ser humano pode sentir prazer e dor, de modo que não existe uma classificação inicial, prazer ou a dor entre os membros da sociedade”. SOUZA, M. **Plea Bargaining no Brasil – O Processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. Salvador. Editora JusPodvm. 2019. p.101.

128 “O princípio da utilidade, estabelecido por Mill em seu Utilitarismo (capítulo II), determina que: “As ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade, erradas na medida em que tendem a promover o reverso da felicidade”. “Felicidade”, para Mill, é prazer e ausência de dor. “Prazer e ausência de dor”, dizia ele, “são as únicas coisas desejáveis como fins”, e todas as coisas desejáveis são desejáveis “seja pelo prazer inerente a elas, seja como meio de promoção do prazer e prevenção da dor”. Com base nesta passagem, poderia parecer que Mill estivesse expondo o credo ortodoxo de Bentham. Mais adiante, porém, e no mesmo capítulo, ele explica que a qualidade do prazer não é menos importante do que sua quantidade. Mill enfatiza que o prazer derivado das faculdades superiores é mais valioso que qualquer outro, possuindo “superioridade intrínseca”. MILL, J. S. **Princípios de Economia Política – Com algumas Aplicações à Filosofia Social**. Introdução de W. J. Ashley. São Paulo: Nova Cultura, 1995. (Coleção Economistas, vol.1). p.9

129 “James ampliou o insight de Peirce até o domínio do pensamento em geral: o que era verdadeiro para o conhecimento científico deveria ser verdadeiro, também, para todas as nossas crenças. E o que tornaria uma crença verdadeira? Não sua capacidade de ultrapassar escrutínios lógicos, mas, simplesmente, a relevância das consequências que decorrerem de sua admissão. Em James, não há motivos para se buscar princípios filosóficos unificadores ou abstrações advindas de uma Grande Teoria. É desperdício de energia. O que importa é (se) perguntar quais serão os efeitos práticos da adoção de uma ou outra proposição filosófica. “Em que fatos ela resulta? Qual é seu valor líquido em termos de experiência prática? Que diferença, em particular, adviria ao mundo, se ela fosse, respectivamente, verdadeira ou falsa?”. MENDONÇA, J. V. S. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Prefácio de Daniel Sarmiento. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 28.

circunstâncias específicas do caso irão completamente dominar o processo de decisão<sup>130</sup> (nossa tradução).

Feita esta análise inicial sobre o instituto do acordo de não persecução criminal perante a teoria da justiça utilitarista de Jeremy Bentham, é oportuna e necessária uma abordagem que destoe do viés puramente utilitarista.

Para tanto, possui relevância sua análise perante uma teoria crítica à teoria utilitarista de Bentham<sup>131</sup>: a teoria da justiça estabelecida por John Rawls, grande crítico da teoria utilitarista. A partir de tal crítica, será possível verificar se perante essa segunda abordagem filosófica, o acordo de não persecução pode ser visto como um instituto que satisfaça os ideais de justiça, sempre tendo em vista uma análise crítica apta a despertar o aprimoramento do instituto e de sua abordagem quando da aplicação prática em respeito aos direitos e garantias constitucionais.

### 2.3 UMA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA MATERIAL: O ANPP E O VIÉS DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Uma vez exposto o paradigma da teoria utilitarista quanto à análise do acordo de não persecução criminal, no presente tópico, longe da pretensão de se destrinchar a teoria de justiça de John Rawls, buscar-se-á fazer a análise quanto à observância dos princípios elencados por Rawls como orientadores do sistema jurídico e sua compatibilidade com o recém-criado instituto do acordo de não persecução criminal para se verificar se esse, segundo tal perspectiva filosófica da justiça, atende ao que se entende por justo, sobretudo ante os princípios elencados pelo poder constituinte originário no sistema jurídico brasileiro como direitos e garantias individuais.

130“*Legal pragmatism is not just a fancy term for ad hoc adjudication; it involves consideration of systemic and not just case-specific consequences. Only in exceptional circumstances, however, will the pragmatic judge give controlling weight to systemic consequences, as legal formalism does; that is, only rarely will legal formalism be a pragmatic strategy. And sometimes case-specific circumstances will completely dominate the decisional process*”. POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts. 2003. p. 59.

131“De fato, Rawls define como principal objetivo de sua obra "elaborar uma teoria da justiça que seja uma alternativa viável a doutrinas que dominaram por muito tempo nossa tradição filosófica". As doutrinas rivais às quais se refere esse autor são o intuicionismo e, sobretudo, o utilitarismo. A seguir, e antes de passar diretamente à análise da "teoria da justiça", me dedicarei a examinar essas duas concepções rivais para determinar por que Rawls não estava satisfeito com os resultados sugeridos por nenhuma delas. Caracterizarei resumidamente o intuicionismo – um rival relativamente fraco perante a proposta de Rawls - e depois examinarei com mais detalhes a postura utilitarista, que constituiu o verdadeiro "fantasma" contra o qual Rawls combateu ao longo de toda sua teoria da justiça”. GARGARELLA, R. **As teorias da Justiça Depois de Rawls**. São Paulo. WMF Martins Fontes, 2008. p. 02.

Tal abordagem se faz necessária porque a teoria da Justiça de John Rawls teve a principal crítica em relação ao modelo de justiça utilitarista. Sendo o acordo de não perseguição e os institutos da chamada justiça negociada classificados como utilitaristas por grande parte da doutrina, conforme já mencionado, importante se faz a verificação da compatibilidade do instituto em análise com esta teoria crítica da filosofia da justiça que se opõe ao paradigma utilitarista.

Nesse contexto, tem-se que, na sua principal obra “Uma Teoria da Justiça”, John Rawls imagina um sistema de Justiça designado por muitos como neocontratualista, no qual, em uma situação hipotética, membros de uma determinada sociedade, reunidos sob o domínio do ‘véu da ignorância” (situação esta designada pelo autor como a retirada dos valores egoísticos e de interesses puramente pessoais) elegem os princípios básicos que guiarão a sociedade em questão. Feito isto, com base nesses princípios escolhidos, serão formadas as instituições sociais daquela sociedade<sup>132</sup>.

Assim, explica John Rawls, já nas páginas iniciais de sua consagrada obra “Uma Teoria da Justiça”:

Meu objetivo é apresentar uma concepção da justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant. Para fazer isso, não devemos pensar no contrato original como um contrato que introduz uma sociedade particular ou que estabelece uma forma particular de governo. Pelo contrário, a ideia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original. São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subseqüentes, especificam os tipos de Cooperação Social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer. A essa maneira de considerar os princípios da justiça eu chamarei de justiça como equidade. Assim, devemos imaginar que aqueles que se comprometem na cooperação social escolhem juntos, numa

---

132Conforme explicita Amartya Sen: “A especificação de Rawls das exigências de imparcialidade é baseada em sua ideia construtiva de posição original, que é central para sua teoria da “justiça como equidade”. A posição original é uma situação imaginada de igualdade primordial, em que as partes envolvidas não têm conhecimento de suas identidades pessoais, ou de seus respectivos interesses pelo próprio benefício, dentro do grupo como um todo. Seus representantes têm de escolher sob esse véu de ignorância, ou seja, em um estado imaginado de ignorância seletiva. E é nesse estado de concebida ignorância que os princípios de justiça são escolhidos por unanimidade. Os princípios da justiça, em uma formulação rawlsiana, determinam as instituições sociais básicas que devem governar a sociedade que estão, podemos imaginar, por “criar”. As deliberações nessa imaginada posição original sobre os princípios de justiça exigem a imparcialidade necessária para a equidade. A justiça como equidade é vista como sendo essencialmente uma “concepção política de justiça”, já “desde o início”. SEN, A. **A ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das letras, 2009. p. 62

ação conjunta, os princípios que devem atribuir os direitos e deveres básicos e determinar a divisão de benefícios sociais<sup>133</sup>.

Deste modo, pode-se pensar o direito, que possui como função à proteção das liberdades, na perspectiva da teoria de Rawls como uma das principais instituições sociais que formam a estrutura básica da sociedade, devendo ele igualmente ser regulado pelos princípios da justiça, elegidos pelos membros da sociedade sob o viés do véu da ignorância<sup>134</sup>.

Sendo tal raciocínio aplicável ao direito e ao sistema de justiça como um todo, os direitos e deveres atribuídos aos cidadãos são orientados por princípios de justiça, e que determinam a distribuição das benesses e ônus da vida social, e desta foram, estruturam toda a sociedade.<sup>135</sup>

Assim, a ordem da formulação dos fatos que levariam a concretizarem de um estado de justiça, segundo a teoria da Justiça de Rawls, se daria com as seguintes etapas:

(1) em ‘Posição Original’, as partes envolvidas estabelecem os ‘princípios de justiça’ através de um procedimento formal em que as partes ignoram certos fatos particulares, embora conheçam fatos gerais. Este procedimento, que é paulatinamente retirado, é denominado ‘véu da ignorância’; (2) em assembleia constituinte é aplicado o primeiro ‘princípio de justiça’; nele os elementos constitucionais são assegurados e, por causa da Constituição, já pressupõem como os arranjos políticos podem ser realizados na prática; (3) no legislativo as leis devem ser elaboradas conforme a Constituição (o

133RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Traduto: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 12.

134“Na justiça como equidade, o papel da intuição está limitado de várias maneiras. Por ser a questão toda bastante difícil, farei aqui apenas alguns comentários cujo significado pleno só ficará claro mais adiante. O primeiro ponto está ligado ao fato de que os princípios da justiça são os que seriam escolhidos na posição original. São o resultado de uma certa situação de escolha. Sendo racionais, as pessoas na posição original reconhecem que deveriam considerar a prioridade desses princípios. Pois, se desejam estabelecer padrões consensuais para julgar as suas reivindicações mútuas, elas precisam de princípios para a atribuição de pesos. Não podem supor que os seus juízos intuitivos serão sempre os mesmos; devido às suas diferentes posições na sociedade, certamente não serão. Assim, postulo que na posição original as partes tentem alcançar algum consenso acerca do modo como os princípios de justiça devem ser avaliados entre eles”. Ibidem, p. 44.

135“Para que se compreenda o que é o direito, visto sob a via da instituição, é preciso dizer o que, para Rawls, é uma instituição e como se estabelece a sua relação com a justiça formal. De modo simples, essas ideias inicialmente foram desenvolvidas por Rawls no § 10, de Teoria, e são cruciais pois que as regras que se aplicam às instituições básicas da sociedade são igualmente aplicadas ao direito, enquanto sistema público de regras. Para isso, é primordial acentuar que os princípios de justiça, que orientam a atribuição de direitos e deveres, bem como determinam a distribuição dos benefícios e encargos da vida social, são primariamente destinados à estrutura básica da sociedade, tendo em conta sua organização em um esquema de cooperação. Os qualificadores de uma instituição, nesse contexto, valem também para o sistema jurídico”. ROHLING, M. Rawls e o direito: A ordem jurídica na teoria da justiça como equidade. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, n.44, p. 593-621, 2015. Disponível em: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512015000100018&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512015000100018&lng=es&nrm=iso). Acesso em 23 jan. 2019.

segundo princípio é aplicado); (4) as regras são aplicadas pelos legisladores e interpretadas pelo Poder Judiciário<sup>136</sup>.

Ressalte-se que essa concepção de John Rawls quanto à Justiça como equidade, é oposta a tese exposta pela teoria utilitarista de Jeremy Bentham, conforme já asseverado, em especial por esta última permitir, em análises teóricas, a adoção do chamado princípio do sacrifício, onde seria permitido desrespeitar a noção de inviolabilidade dos direitos de uma pessoa se tal situação de uma maneira geral fosse geradora de mais prazeres do que dores, e atendesse ao interesse da maioria<sup>137</sup>.

Assim, direitos de minorias poderiam ser suprimidos ou violados, incluindo nestes conceitos um sujeito inserido dentro de uma relação processual ou de perseguição criminal, sem que isso implicasse, para a teoria da justiça, em um fato injusto. Por sua vez, Rawls formula sua teoria propondo uma alternativa para tais situações, mantendo a integridade lógica do conceito de justiça.<sup>138</sup>

Para a teoria de justiça de Rawls, não são aceitáveis sacrifícios de direitos de uma minoria ou de um indivíduo único, em prol da maioria, se houver violação dos princípios da Justiça estabelecidos e firmados pelo contrato originado da posição originária. Segundo Rawls, todos os direitos garantidos, por mais que não se coadunem à formulação matemática utilitarista de produção de mais prazeres para uma maioria da sociedade, devem ser protegidos, na medida em que afirma

---

136 GONDIM, E.; RODRIGUES, O. M. John Rawls e a justiça como equidade: algumas considerações. **Diversa**, n.2. p.131-146. 2008. Disponível em: [http://leg.ufpi.br/subsiteFiles/parnaiba/arquivos/files/rd-ed2ano1\\_artigo08\\_Elnora\\_Gondim.PDF](http://leg.ufpi.br/subsiteFiles/parnaiba/arquivos/files/rd-ed2ano1_artigo08_Elnora_Gondim.PDF). Acesso em 20 fev 2019.

137 "Contra o utilitarismo, Rawls contesta também o pressuposto segundo o qual o bem-estar é o aspecto da condição humana que requer atenção normativa. E critica isso por dois motivos. Por um lado, essa perspectiva implica, indevidamente, considerar relevantes o que poderíamos chamar das pessoas. Rawls dá o exemplo, então, dos gostos caros" de uma pessoa que se considera satisfeita com uma dieta à base de leite, pão e grão-de-bico, perante outra que exige pratos exóticos e os vinhos mais caros. Uma postura como o utilitarismo do bem estar deverá, ceteris paribus, dotar a última de mais recursos que a primeira, para evitar que aquela obtenha menor satisfação final que a que se conforma com a dieta mais modesta. Contudo - destaca Rawls isso implicaria considerar os indivíduos como meros "portadores passivos de desejos". GARGARELLA, R. **As teorias da Justiça Depois de Rawls**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 08.

138 "Essa concepção visa oferecer uma alternativa ao que Rawls acredita ser a concepção dominante: o utilitarismo. O utilitarismo tem implicações contra-intuitivas, pois suas ideias e seus desdobramentos práticos permitiriam desrespeitar aquela noção de inviolabilidade da pessoa. Ele aceitaria o que podemos chamar de princípio do sacrifício, em que as necessidades de muitos poderiam superar as necessidades de poucos, sacrificando a minoria em favor da satisfação de interesse da maioria. Então, para Rawls, precisaríamos de uma alternativa que conseguisse manter a plausibilidade e razoabilidade do utilitarismo, sem desmerecer as instituições mais importantes da tradição moral das sociedades democráticas." BONELLA, A. E. Justiça como equidade e utilitarismo. **Educação e filosofia**, v. 12, n. 23, 1998. p. 129-140.

haver uma interdependência indissociável entre as pessoas e, havendo violação de direitos básicos de uma única pessoa ou de um grupo minoritário, todos serão afetados por tal situação<sup>139</sup>.

Posto isto, é de primordial importância verificar quais os princípios básicos apontados por John Rawls que formariam os bens primários de uma sociedade materialmente justa, para uma posterior análise de compatibilidade de determinada ação ou ato jurídico com sua teoria.

Nesse viés, pode-se afirmar que a noção de justiça como equidade apontada por Rawls tem como pressuposto a assunção de bens primários, por parte do Estado e da sociedade como um todo, pois a partir destes que as pessoas poderiam ter esperança de realização dos seus planos de vida.

Assim, são apontados como bens primários os direitos e liberdades individuais básicos, a liberdade de ir e vir – liberdade de circulação -, o direito à livre escolha, a garantia de liberdade, as prerrogativas pelo desempenho de determinados cargos que exijam certas responsabilidades, em especial na condução de políticas públicas e econômicas estruturantes da sociedade, e a possibilidade de aquisição de rendimentos e riquezas. Também são apontados alguns subprincípios derivados do princípio da liberdade, atinentes à liberdade política, liberdade de pensamento e de crença, e liberdade da pessoa em si mesma, que estaria ligada a uma ideia de autodeterminação<sup>140</sup>.

---

139 “A ideia de Rawls é que deveríamos rejeitar certo tipo de cálculos, que poderíamos considerar aceitáveis no nível pessoal, quando são passados para uma pluralidade de indivíduos. No nível pessoal pode ser razoável aceitar determinados sacrifícios - a dor que uma injeção nos causa em prol de benefícios imediatos- reduzir esta dor infinitamente maior em outra parte do corpo. No entanto, no nível social teríamos razões para considerar inaceitável, por exemplo, o desejo de impor sacrifícios às gerações presentes em prol de benefícios para gerações futuras. Poderíamos rejeitar razoavelmente, mais ainda, a pretensão de impor graves sacrifícios a determinado setor da sociedade com o único objetivo de melhorar o nível de vida dos demais. Nessa observação formulada por Rawls reside uma das críticas mais interessantes que o utilitarismo recebeu: o utilitarismo tende a ver a sociedade como um corpo, no qual é possível sacrificar algumas partes em virtude das restantes”. GARGARELLA, R. **As teorias da Justiça Depois de Rawls**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2008. p.07.

140 “Quanto ao primeiro dos pontos mencionados, Rawls reconhece que tal como tinham sido apresentados até o momento – os sujeitos ideais podiam não ter motivos para propender a favor de nenhum princípio de justiça em particular: precisamos saber alguma coisa sobre quais são as motivações básicas desses indivíduos. Nesse sentido, Rawls pressupõe que tais seres imaginários estão motivados a obter certo tipo específicos de bens, que ele denomina ‘bens primários’. Os bens primários seriam aqueles bens básicos indispensáveis para satisfazer qualquer plano de vida. Estes bens Rawls supõe são de dois tipos; a) os bens primários de tipo social, que são diretamente distribuídos pelas instituições sociais, como a riqueza, as oportunidades, os direitos; e b) os bens primários de tipo natural, que não são distribuídos diretamente pelas instituições sociais (como por exemplo, os talentos, a saúde, a inteligência etc)”. Ibidem, p. 23.

É de se registrar que Rawls não pressupõe qualquer hierarquia entre tais valores acima apontados, enfatizando a exigência de um valor equitativo das liberdades, bem como do uso dos bens primários para a satisfação de tais garantias.<sup>141</sup>.

Assim sendo, a escolha dos princípios básicos da justiça é o primeiro ato no desdobramento da justiça social concebido por Rawls, o qual leva ao estágio seguinte, “constitucional”, no qual as instituições reais são selecionadas de acordo com os princípios de justiça escolhidos, levando em conta as condições particulares de cada sociedade<sup>142</sup>.

Nessa perspectiva, cumpre a nós no presente trabalho verificar se o acordo de não persecução penal, na forma como firmado inicialmente pela Resolução de n. 181 do CNMP e posteriormente pelas alterações introduzidas ao Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, pode ser visto como justo, perante os princípios da justiça apontados por John Rawls, que concretizam os bens primários de justiça em nossa sociedade e estabelecidos em nossa Constituição.

Sendo o acordo de não persecução criminal um instituto que afeta diretamente a questão do surgimento ou não de um processo criminal, é de se

---

141 “O princípio da ‘justiça como equidade’ a ser aplicado na estrutura básica da sociedade deve ter em consideração os bens primários, pois é a partir da posse destes que as pessoas podem acreditar na realização dos seus planos de vida. Os bens primários são: (i) direitos e liberdades básicos; (ii) liberdade de circulação e livre escolha; (iii) poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica; (iv) rendimento e riqueza; (v) as bases sociais do auto-respeito. Quanto ao ‘princípio de liberdade’, que integra os bens primários, é composto por uma série de sub-princípios de liberdades: (i) a liberdade política (direito de votar e ocupar um cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; (ii) a liberdade de consciência e de pensamento; (iii) as liberdades da pessoa. Estes não comportam nenhum tipo de hierarquia entre eles. Rawls enfatiza que “a exigência do valor equitativo das liberdades políticas, bem como o uso dos bens primários” não pressupõe nenhuma hierarquia entre ‘bens primários’ e o ‘princípio de liberdade’”. GONDIM, E.; RODRIGUES, O. M. **John Rawls e a justiça como equidade: algumas considerações.** Disponível em: [http://leg.ufpi.br/subsiteFiles/parnaiba/arquivos/files/rd-ed2ano1\\_artigo08\\_Elnora\\_Gondim.PDF](http://leg.ufpi.br/subsiteFiles/parnaiba/arquivos/files/rd-ed2ano1_artigo08_Elnora_Gondim.PDF) – acesso em 20-02-2019.

142 “Quero agora examinar a justiça política, isto é, a justiça da constituição, e traçar o significado da liberdade igual para essa parte da estrutura básica. A justiça política tem dois aspectos que se originam do fato de que uma constituição justa é um caso de justiça procedimental imperfeita. Em primeiro lugar, a constituição deve ser um procedimento justo que satisfaz as exigências da liberdade igual; em segundo lugar, deve ser estruturada de modo que, dentre todas as ordenações viáveis, ela seja a que tem maiores probabilidades de resultar num sistema de legislação justo e eficaz. A justiça da constituição deve ser avaliada sob os dois aspectos, à luz do que as circunstâncias permitem, e as avaliações são feitas a partir do ponto de vista da convenção constituinte. Referir-me-ei ao princípio da liberdade igual, quando aplicado ao procedimento político definido pela constituição, como o princípio da participação (igual). Ele exige que todos os cidadãos tenham um direito igual de participar no processo constituinte, estabelecendo as leis às quais eles devem obedecer, e de determinar o seu resultado final”. RAWLS, J. **Uma teoria da Justiça.** Tradutores: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 241.

balizar tal acordo sobretudo com os princípios consagrados na Magna Carta como os atinentes à liberdade, em especial a liberdade no tocante as garantias processuais previstas pelo constituinte. Sobre este ponto, bem esclarece John Rawls:

A justiça como equidade começa com a ideia de que, quando princípios comuns são necessários e trazem vantagens para todos, eles devem ser formulados a partir do ponto de vista de uma situação inicial de igualdade, adequadamente definida, na qual cada pessoa representada de maneira equitativa. O princípio da participação transfere essa noção da posição original para a constituição, tomada como o mais alto sistema de normas sociais para estabelecer normas. Se o Estado quiser exercer uma autoridade final e coercitiva sobre um determinado território, e se deve assim afetar de forma permanente as expectativas de vida das pessoas, o processo constituinte deve preservar a representação igual da posição original no mais alto grau possível<sup>143</sup>.

Seguindo essa linha de raciocínio, verificando-se a compatibilidade do acordo de não perseguição com os princípios norteadores do sistema de Justiça expostos pela nossa Constituição para o seu balizamento como justo ou não segundo a teoria da justiça de John Rawls, em um primeiro momento, é inevitável não se falar do princípio da legalidade quanto a este tema, em especial pelo fato de o acordo de não perseguição ter sido introduzido inicialmente no sistema jurídico nacional por meio de Resolução do CNMP, portanto introduzido por um regulamento que possui natureza administrativa.

Embora tenha sido posteriormente regulamentada pela Lei 13.964/2019, tem-se que a Resolução 181/2017 ainda permanece parcialmente em vigor, regulando o acordo de perseguição em um âmbito mais estrito (exclusivamente nos procedimentos conduzidos sob a presidência de membros do Ministério Público e naquilo que não contraria a lei 13.964/2019).

Nessa perspectiva, o princípio da legalidade é sem dúvida um dos pilares básicos do Estado Democrático de Direito previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal que assegura a que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Também previsto na Constituição no art. 5º, inciso LIV, o princípio do devido processo legal diz que "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*". Dessa forma é assegurado a todos um processo segundo a

---

143RAWLS, J. **Uma teoria da Justiça**. Tradutores: Almiro Pissetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo; Martins Fontes, 1997. p. 241.

lei, não podendo ninguém ser privado de sua liberdade e dos seus bens, senão forem cumpridas as tramitações legais.

Ademais, é de se mencionar que a Constituição Federal também prevê no art. 5º, inciso LVII, que *“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*, sendo este o princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da não culpabilidade.

Nesse viés, quanto ao princípio da legalidade, não havendo previsão legal inicialmente na gênese do instituto perante o sistema jurídico brasileiro, tem-se apontado a Resolução 181/2017 como violadora do princípio em questão<sup>144</sup>, em que pese forte argumentação pela sua validade, conforme já dito. É fato que melhor seria se o ANPP possuísse, desde a origem do instituto, previsão legal, não despertando qualquer questionamento, em especial sobre a violação deste preceito expresso na Constituição, e informado em um princípio estabelecido pelo constituinte originário.

Entretanto, é de se registrar que as resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público possuem natureza jurídica de ato normativo primário, não podendo, portanto, se concluir pela violação do princípio da legalidade, e, por conseguinte, como instituto violador do princípio da Justiça numa perspectiva da teoria de Justiça de John Rawls. Nesse sentido:

respeito à competência para legislar, conforme preceitua o disposto no art. 22 da Constituição Federal, compete privativamente à União elaborar normas que tratem, dentre outras matérias, sobre direito penal e que diz processo penal. Tendo em vista que as resoluções emanadas do CNJ e CNMP são atos normativos primários, não restam dúvidas de que, sob o ponto de vista da constitucionalidade formal, o tratamento de temas como o acordo de não--persecução penal por meio tais atos está em conformidade com o texto constitucional. Destarte, tendo em vista que o CNMP é um órgão nacional, ao editar normas que abordem temas de direito penal e processual penal, o faz como ente componente da União, de modo que inexistente vício de inconstitucionalidade formal orgânica, sobretudo em razão da padronização do tratamento para todo o território nacional. Assim sendo, a competência privativa da União é observada. 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 nº 181 ora analisada deve ser considerada livre da pecha da inconstitucionalidade. Isto porque o acordo de não-persecução penal é anterior ao processo e às normas que o regulamentam possuem natureza procedimental. Desta

---

<sup>144</sup>“Outrora inconstitucional a nosso juízo – pois previsto em uma resolução do CNMP (!) – o acordo de não persecução penal agora ingressa de forma regular no sistema processual penal, pela via legislativa adequada”. LOPES JR., Aury. Direito Processo Penal - 17ª Edição 2020. Editora Saraiva. Edição do Kindle. P.306.

feita, a Resolução nº 181 do CNMP não trata de direito processual, de modo que não viola o inciso I do art. 22 da Constituição Federal.<sup>145</sup>

Tal discussão entretanto foi superada ante a expressa previsão legal do ANPP, que passou a ser regulado pelo art. 28-A do CPP, introduzido pela Lei 13.964/2019.

Em um segundo lugar, temos o princípio do devido processo legal. Tal princípio não é violado pelo acordo de não persecução penal uma vez que, em que pese a sua intrínseca ligação com o princípio da legalidade, o acordo é feito sob o crivo e controle do poder judiciário, conforme expressamente previsto no corpo da própria resolução e também pelas alterações do Código de Processo Penal introduzidas pela Lei 13.964/2019.

Por fim, tem-se que o princípio da presunção de inocência não é violado pelo acordo previsto na Resolução de n. 181 do CNMP e pelo novo art. 28-A do CPP, uma vez que uma das condições previstas para a sua pactuação é a confissão expressa do investigado. Ademais, o acordo somente é estabelecido de forma voluntária, havendo, portanto, necessidade de concordância do pactuante para que esse surte efeitos legais.

Pensadas as situações de praxe, convém analisar sob a perspectiva de John Rawls a situação, mencionada no capítulo anterior, de um investigado que, mesmo não sendo ao autor da prática de um ato delituoso, por razões de conveniência, prefere pactuar um acordo de não persecução penal em virtude dos benefícios que ele pode oferecer, frente às consequências já mencionadas de uma condenação criminal<sup>146</sup>.

---

145ROMANIUC, J.; BARROS, F. D.; Constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 62.”

146 Nesse sentido a crítica exposta por Vasconcellos: “[...]a justiça consensual “não foi projetada para ser utilizada aos réus confessos, mas para gerar réus confessos a quem aplicá-la”. Ou seja, a suposta voluntariedade do acusado para aceitar o acordo é falaciosa, pois o funcionamento do instituto se dá por ameaças e coerções, que inviabilizam qualquer escolha livre da defesa. Desse modo, a necessidade de opção entre uma sanção reduzida (o que, na prática atual da colaboração premiada brasileira, representa penas em regimes de cumprimento profundamente mais benéficos) e a imposição de punição agravada fomenta a escolha pela cooperação/confissão, inclusive para imputados inocentes, que poderiam ser absolvidos ao final do processo em seu transcurso normal. Conforme demonstrado, inclusive em pesquisas empíricas: “(...) os mecanismos negociais não são aplicados somente àqueles acusados que iriam ser condenados de qualquer modo em eventual julgamento por um júri, ou seja, o ‘problema dos inocentes’ não é excepcional, mas perene nas relações de poder que envolvem as negociações na justiça criminal”. Como apontado por Albert Alschuler, “estudiosos que negam a possibilidade de condenação de inocentes por meio de acordos são excepcionalmente ingênuos ou completamente cínicos”. VASCONCELLOS, V. G. op. cit., p. 08.

Nesse ponto, é de se registrar que há uma intrínseca diferenciação entre as abordagens da teoria utilitarista de Bentham e da teoria da Justiça de Rawls.

Em uma situação como essa, o instituto do acordo de não persecução penal não corresponderia aos ditames da Justiça de Rawls, uma vez que para este autor, a perda ou o abrandamento de alguma garantia fundamental a algum indivíduo não pode ser justificado pelo bem da maior parte dos membros daquela sociedade.

Segundo os ensinamentos de Rawls, os membros de uma determinada sociedade tida como justa, possuem uma inviolabilidade que é justamente fundada na ideia de Justiça, a qual não pode ser violada sob um fundamento de bem-estar da sociedade como um todo<sup>147</sup>.

Nessa linha, a ideia de justiça é contrária a perda da liberdade ou restrição desta ou de algum direito atinente aos princípios de justiça por ele apontados, para a satisfação de um fato positivo para a sociedade como um todo, ou para a maioria dos integrantes dela. Desta maneira, em uma sociedade justa, os direitos e liberdades individuais não são passíveis de violação por justificativas utilitárias, nem passíveis de negociação em prol de um bem comum.<sup>148</sup>

Deste modo, sob uma concepção da teoria da Justiça de Rawls, a depender das circunstâncias da sua celebração, um acordo de não persecução penal pode não atender aos ditames da Justiça.

Pode-se concluir que num ambiente de justiça negociada, em especial no tocante ao acordo de não persecução criminal, há de se pensar sobre a valorização das escolhas táticas durante a instrução processual e pré-processual, pois serão

---

147Nesse sentido também aponta Álvaro de Vita: "A concepção estreita de pessoa e a natureza agregativa do utilitarismo o tornam insensível às diferenças entre os indivíduos, o que oferece aos direitos uma base excessivamente frágil. É isso que, antes de mais nada, desagrade a Rawls. Sua teoria busca um fundamento mais sólido do que foi capaz de oferecer a tradição utilitarista (mesmo em suas expressões liberais, como o pensamento de Stuart Mill), em que assentar um âmbito de direitos e de liberdades para os indivíduos. [...] Neste ponto é preciso esclarecer o componente meta-ético - epistemológico - da teoria de Rawls que é correlato a seu componente fundamental, mencionado no início deste artigo, enquanto uma concepção moral de primeira ordem, isto é, enquanto um padrão moral que busca proteger direitos de cálculos utilitaristas. Justiça como equidade é uma teoria "deontológica" - ou, o que é a mesma coisa: kantiana". VITA, A. A tarefa prática da filosofia política em John Rawls. **Lua Nova**, São Paulo, n.25, p.5-24, 1992. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451992000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000100002&lng=en&nrm=iso). Acesso em 28 set. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451992000100002>.

148"Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na Justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto, numa sociedade justa, as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis, os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais". RAWLS, J. op. cit., p. 04.

determinantes para o firmamento de um acordo ou assentir o risco de enfrentar um processo criminal<sup>149</sup>.

Entretanto, frente à situação hipotética apontada, não se deve desprezar a importância e os benefícios que o instituto traz. A possibilidade de geração de injustiças em verdade ensejará, para além das garantias precisamente estabelecidas pela legislação que tem esta finalidade e já abordados no primeiro capítulo, sensibilidade e atenção dos operadores da Justiça quando ao seu oferecimento e celebração, em especial para situações como a ora abordada, não permitindo que um inocente, por razões de conveniência ou intimidação formalize tal acordo, assumindo assim a prática delitiva mediante confissão de um fato criminoso o qual não tenha praticado ou concorrido para a prática, por razões puramente utilitárias, violando preceitos básicos previstos em nosso ordenamento jurídico.

Mas, para além da interpretação das cautelas legais, e de uma sensibilidade e atenção, há a necessária observância por parte as autoridades envolvidas na celebração do ANPP a observância de um dever de proteção, necessário para a plena efetivação dos direitos fundamentais do investigado, entendido este como um dever dos agentes públicos, de agirem e observarem a máxima cautela para a efetivação e respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos<sup>150</sup>. Com a observância de tal dever, a atuação prática de firmamento de um acordo penal se aproximará muito mais de um conceito material de justiça, na perspectiva da teoria de Rawls.

Desta forma, importantes tais constatações a partir das ideias de teoria da filosofia do direito, baseadas na teoria de John Rawls para a análise do instituto do

---

149Neste tocante, bem observa Vasconcellos: “A justiça negocial ocasiona a supervalorização de escolhas táticas durante o processo, afastando a determinação da sanção penal em razão do fato criminoso praticado e aproxima seus critérios à postura do acusado no transcorrer do seu julgamento e de suas decisões relacionadas ao exercício da defesa. Segundo Gustavo Badaró, “desloca-se a centralidade da legitimação do exercício do poder de punir de um instrumento cognitivo fundado no saber construído em contraditório, com o funcionamento de um mecanismo dialético de verificação e confronto entre tese e antítese, baseado na prova produzida que supere cada uma delas, para um modelo em que haverá apenas uma ‘verdade’ preestabelecida por uma escolha discricionária”. VASCONCELLOS. V. G. op. cit., p. 08.

150“Trata-se de uma questão, cuja resposta não é obtida com frequência. A literatura do direito do Estado lota bibliotecas com o tema de direitos fundamentais. Em contrapartida, a matéria atinente aos deveres fundamentais dos cidadãos possui, do ponto de vista quantitativo, um conteúdo apenas marginal, desempenhando um papel de pouca relevância também sob a perspectiva da jurisprudência constitucional. Inicialmente, cabe distinguir a figura dos deveres fundamentais dos chamados deveres de proteção do Estado, que possuem estreitíssima conexão com a problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Enquanto os deveres de proteção do Estado têm como destinatário específico o Estado, sendo dirigidos exclusivamente aos órgãos estatais, os deveres fundamentais dirigem-se aos cidadãos, impondo-lhes obrigações diferenciadas.” DUQUE, M. S. **Curso de direitos fundamentais: Teoria e Prática**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais. 2014. p. 09. E-book.

acordo de não persecução; a um, para a verificação se o ANPP atende aos princípios erigidos como concretizadores da Justiça pelo nosso constituinte originário; a dois, para a verificação do cumprimento de tais garantias e satisfação de uma ideia de justiça no tocante a aplicação prática de tal instituto, sempre com a perspectiva de aprimoramento a partir de uma análise crítica.

#### 2.4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UTILITARISMO VERSUS JUSTIÇA MATERIAL?

O recém-criado instituto do acordo de não persecução criminal pode ser visto como um avanço na seara processual penal, em especial como medida técnico jurídica visando a redução do número de processos criminais em curso no Brasil.

Embora sua criação remonte a institutos já existentes em países como Estados Unidos, Alemanha, França, a forma como ingressou inicialmente no nosso sistema jurídico (através de resolução do Conselho Nacional do Ministério Público) levantou questionamentos sobre a sua constitucionalidade e até mesmo sobre a legalidade do instituto<sup>151</sup>.

Não obstante a controvérsia sobre o meio de introdução do acordo de não persecução criminal no sistema jurídico nacional, é inegável que este traz benefícios, que são assim sistematizados por Jamil Chaim Alves<sup>152</sup>:

Vantagens: a) para o acusado – recebimento de uma sanção mitigada e previamente conhecida, o que é benéfico especialmente nos casos em que

151“Diante do exposto, retomando-se os problemas que orientaram este artigo, conclui-se que: 1) a introdução de espaços de não-obrigatoriedade ao dever de acusar é opção legítima e recomendável na dogmática processual penal, com o objetivo de tentar racionalizar a seletividade penal na atuação do MP e direcionar a persecução penal para infrações relevantes, desde que não sirva para a expansão do encarceramento; 2) contudo, tal inovação somente pode ser aceita se realizada com respeito à legalidade estrita que precisa orientar o direito processual penal, de modo que o art. 18 da Res. 181/2017 do CNMP é inconstitucional por violação do art. 22, I, da CF; ou seja, somente uma alteração legislativa feita pelo Congresso Nacional poderia introduzir instituto semelhante no processo penal brasileiro, regulando os critérios para seu cabimento, ainda que, posteriormente, permita-se a especificação das hipóteses de não-obrigatoriedade por normativas internas ao MP; 3) um acordo penal, nos termos regulados pela Res. 181/2017 não pode ser aceito sem qualquer controle judicial, como uma fase de homologação para verificação de seus requisitos e do respeito aos direitos fundamentais do investigado. In: CUSTÓDIO, R.; APOLINÁRIO, H. **Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público**. Disponível em: [https://www.academia.edu/34792185/N%C3%A3o\\_obrigatoriedade\\_e\\_acordo\\_penal\\_na\\_Resolu%C3%A7%C3%A3o\\_181\\_2017\\_do\\_Conselho\\_Nacional\\_do\\_Minist%C3%A9rio\\_P%C3%ABlico](https://www.academia.edu/34792185/N%C3%A3o_obrigatoriedade_e_acordo_penal_na_Resolu%C3%A7%C3%A3o_181_2017_do_Conselho_Nacional_do_Minist%C3%A9rio_P%C3%ABlico). Acesso em 22 fev. 2019.

152 ALVES, J. C. Justiça Consensual e *plea bargaining*. In: **Acordo de Não Persecução Penal**. CUNHA, R. S. et al. (Orgs.). Salvador: Juspodivum, 2017.

se vislumbra grande probabilidade de condenação; abreviação do processo, reduzindo o custo financeiro e emocional do julgamento. b) para a acusação – certeza de que o réu não ficará impune, pois receberá algum tipo de sanção; redução da sobrecarga de trabalho, permitindo atuar com mais eficiência em casos de maior necessidade; c) para o Estado e para a sociedade – economia de recursos e aumento de eficiência na prestação jurisdicional, pois as audiências de instrução exigem a alocação de juízes, promotores, defensores públicos, oficiais de justiça e serventuários em geral, além de policiais, que poderiam estar se dedicando a outros casos.

A par disso, verifica-se que dentre as teorias da Justiça ora analisadas, o instituto possui um forte viés de justiça utilitarista, ou, com mais precisão técnica, como instituto justo perante a teoria utilitarista, sendo pensado principalmente com relação ao resultado que se visa atingir com sua aplicação.

Nessa linha, tem-se que o ANPP compactua com um viés pragmatista, uma vez que é pensado essencialmente nos resultados que poderá gerar a partir da sua efetiva implementação<sup>153</sup>.

Como já mencionado, na perspectiva puramente utilitarista, não há qualquer impeditivo para a compatibilidade do instituto com o sistema de justiça em situações nas quais um investigado eventualmente inocente compactue com um acordo e se submeta às restrições nele impostas, em virtude de razões de conveniência ou por puro e simples temor.

Nessa perspectiva, uma vez proporcionando benefícios para a grande maioria dos envolvidos e para a sociedade em geral, tal acordo atenderá ao seu viés de justiça utilitarista, proporcionando mais prazeres do que dores.

Por outro lado, uma vez pensado o instituto sob a perspectiva da teoria da justiça de John Rawls, inúmeros questionamentos podem ser impostos à barganha penal estabelecida na resolução de n. 181 do CNMP e na Lei 13.964/2019, em especial no tocante a violações aos princípios norteadores de nossa sociedade, apontados pelo constituinte originário, e que devem ordenar todo o sistema jurídico pátrio. Situação esta que exige a atenção necessária dos operadores do direito para que evitem uma violação a direitos e garantias individuais e exerçam um dever de proteção que lhes incumbe.

---

153 [...] o pragmatismo quer depurar nossa compreensão de conceitos viciadamente abstratos. Como há continuidade, e não separação, entre teoria e prática, depurar nossos conceitos de muitas das noções vagas que muitas correntes filosóficas fizeram correr em nossa consciência cotidiana — e isso por intermédio de um apelo a que olhemos para as consequências concretas da adoção desta ou daquela proposição — é, ao mesmo tempo, contribuir para que o pensamento possa ser mais eficaz, e a conduta, mais inteligente.” MENDONÇA, J. V. S. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo/** prefácio de Daniel Sarmiento. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 30.

Outro questionamento que pode ser levantado, diz respeito ao tocante do princípio da igualdade, abordado por Rawls e mencionado de forma crítica por Amartya Sen<sup>154</sup>.

É possível indagar: todos os que fossem submetidos ao oferecimento da barganha penal estariam em condições de igualdade com relação aos princípios da justiça no tocante a sua aceitação? Pessoas com poder aquisitivo maior e com maior grau de instrução estariam no mesmo patamar negocial de pessoas instruídas e poder aquisitivo e orientação jurídica?

Nesse sentido aponta Gargarella:

De acordo com o enfoque de Amartya Sen, uma proposta igualitária aceitável não deveria se concentrar na igualdade de bens primários, como ocorre no caso de Rawls, nem na igualdade de recursos, como ocorre no caso de Dworkin. Essa análise também não deveria focalizar-se na utilidade obtida por alguém com esses recursos ou bens primários. Em contrapartida, segundo Sen, o que deveria ser considerado é algo posterior à posse desses recursos, mas anteriores à obtenção da utilidade [...] Assim, em sua crítica particular a teorias como a defendida por Rawls, sem afirma que “dado que conversão dos bens primários e recursos em liberdades de escolha [...] pode variar de pessoa para pessoa, a igualdade na posse de bens primários ou de recursos pode ir de mãos dadas com sérias desigualdades nas liberdades reais desfrutadas por diferentes pessoas<sup>155</sup>.

São questões a serem refletidas sob esse novo instituto que, embora traga benefícios ao sistema jurídico-processual penal, desperta questionamentos sob o ponto de vista da teoria da justiça que merecem ser analisadas com cuidado, com o objetivo de aprimoramento do instituto recém-criado, a fim de que se evite que ele, ao invés de criar alternativas benéficas ao sistema jurídico-penal, seja desvirtuado e comprometa o sistema de justiça processual penal.

---

154“Ainda que Rawls coloque a liberdade sobre um pedestal absoluto que se destaca indiscutivelmente acima de qualquer outra consideração (e há aqui claramente certo extremismo), a alegação mais geral por trás de tudo isso é a de que a liberdade não pode se limitar a ser apenas um recurso que complementa outros recursos (como a opulência econômica); há algo muito especial no lugar da liberdade pessoal nas vidas humanas. É nessa alegação mais geral — e não necessariamente extrema — que parcialmente me espelharei na parte construtiva deste livro. Outras questões de escolha institucional são retomadas nos princípios rawlsianos de justiça através de um complexo conjunto de requisitos que são agrupados no “segundo princípio”. A primeira parte do segundo princípio diz respeito à obrigação institucional de garantir que as oportunidades públicas sejam abertas a todos, sem que ninguém seja excluído ou prejudicado em razão de, digamos, raça ou etnia ou casta ou religião. A segunda parte do segundo princípio (chamada de “Princípio da diferença”) está relacionada com a equidade distributiva, bem como com a eficiência global, e assume a forma de fazer com que os membros da sociedade em pior situação sejam beneficiados tanto quanto possível”. SEN, A. **A ideia de Justiça**. São Paulo. Companhia das letras. 2009. p. 65/66.

155GARGARELLA, R. **As teorias da Justiça Depois de Rawls**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2008. p. 72-73.

Entretanto, é de se ressaltar que em nosso sistema jurídico, há certas particularidades que contribuem para um controle maior da política consensual no processo penal, que não têm correlatas, por exemplo, no sistema norte-americano e que contribuem para se evitar que ocorram injustiças no tocante a celebração de acordos.

Nesse sentido, são apontadas as garantias de vitaliciedade dos membros do Ministério Público, independência funcional, fatos que ao contrário do sistema norte-americano, fazem com que não haja uma busca por números altos de condenações ou transações criminais para demonstração de resultados para a garantia de continuidade no cargo.<sup>156</sup>

Ademais, é de se ressaltar, como bem aponta Manuel da Costa Andrade<sup>157</sup>, invocando a teoria da legitimação pelo processo de Niklas Luhmann, que o acordo de não persecução criminal, como medida consensual, não tem a finalidade de levar a um consenso real entre as partes envolvidas na persecução criminal, pois não há como se mensurar a interiorização de tal forma de barganha, e sim, de se encarar o processo que leva a concretização do acordo na seara criminal como meio legitimador das decisões que atingirão os seus destinatários da forma menos

---

156Nesse contexto Alves bem expõe: “O problema do overcharging, ou seja, exceder-se o promotor na acusação como meio para forçar o acusado a aceitar o acordo, não parece um problema tão recorrente no Brasil, notadamente porque os promotores daqui são concursados e vitalícios, não sofrem o mesmo tipo de pressão por índices de condenação que os colegas eleitos americanos. Ademais, nos modelos de barganha previstos no país, o poder de negociação do promotor é bem delimitado por regras pré estabelecidas (princípio da discricionariedade regrada), muito diferente do que ocorre nos E.U.A. Seja como for o projeto do novo Código de Processo Penal traz uma solução eficaz para o problema, permitindo a negociação somente após o recebimento da denúncia, quando o promotor já colocou as cartas na mesa, estabelecendo os limites da acusação”. ALVES, J. C. Justiça Consensual e Plea Bargaining. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Orgs.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 234.

157“Pela negativa, vale esta tese como recusa das concepções que negam ao consenso todo o relevo processual. Dentre as quais sobressai a teoria da legitimação através do processo (legitimation durch Verfahren) de NIKLAS LUHMANN. LUHMANN, com efeito, encara o processo como sistema de acção que tem por função tornar as decisões (judiciais) aceitáveis pelos seus destinatários. O determinante é que estes convertam as decisões em premissas vinculativas da sua acção futura. E é precisamente na aceitação fáctica e na reorientação das expectativas por via de aprendizagem que se consuma a legitimação da decisão judicial. Explicitando um pouco mais as coisas, segundo LUHMANN, e à semelhança do que acontece com a Verdade e a Justiça, também a atitude do destinatário da decisão, notadamente a sua convicção quanto ao respectivo bem-fundado e validade intrínseca, carece de relevo autónomo em sede de legitimação. Isto é, o seu relevo circunscreve-se apenas ao contributo que pode oferecer para aquela aceitação fáctica. “A legitimação através do processo não leva necessariamente a um consenso real, à harmonização social de opiniões quanto ao lícito e ao ilícito nem ao que, um tanto enigmáticamente PARSONS designa por articulation of power with real commitments”. ANDRADE, M. C. Consenso e Oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). In: **O Novo Código do Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 326/327.

invasiva possível, tanto em relação aos envolvidos como a sociedade como um todo. Em arremate, pondera o autor português:

Como, nesta linha, acentua Schreiber: “O processo penal não pode ser uma comunidade de linguagem ideal, isenta de coerção, um diálogo racional no sentido de liberdade de domínio, com a finalidade única de conduzir a uma unificação entre os participantes. O modelo contrário é uma utopia fascinante, mas uma utopia errada ao meu ver<sup>158</sup>”.

Também é importante pontuar que a renúncia a certas garantias por parte do investigado, desde que feito de forma livre e sem a existência de vícios, é situação aceita pelo sistema de justiça. Tal renúncia não significa a abdicação total de um direito ou garantia, mas sim deve ser entendida como uma renúncia ao exercício desse direito em determinada situação, situação que tem sido chamada de uso negativo de um direito fundamental, a qual pode ser observada no caso do firmamento de um ANPP<sup>159</sup>.

Assim, o instituto do acordo de não persecução deve ser analisado de maneira a exaltar seus benefícios supra mencionados, mas de maneira a não deixar de se atentar para eventuais desvirtuamentos que possam comprometer o sistema de Justiça e sim trabalhar-se com a ideia de seu constante aprimoramento.

### **3 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Seguindo a lógica proposta no presente trabalho, analisado no primeiro capítulo o instituto do acordo de não persecução penal em si, e após, verificado a sua compatibilidade com uma ideia de justiça material, e sua classificação como utilitarista ou não, passa-se agora a verificar a sua compatibilidade com os princípios

<sup>158</sup>ANDRADE, M. C. op. cit., p. 327

<sup>159</sup>“Contudo, para que essa assertiva reste devidamente fundamentada há, antes de tudo, que se deixar claro o que se entende por renúncia. Parte da doutrina entende que o termo renúncia é inapropriado, tendo em vista que conduz a mal-entendidos. Isso porque (tendencialmente) refere-se à renúncia total de um direito fundamental, o que deve ser caracterizado como inadmissível. Haveria, no lugar da renúncia, apenas um uso negativo de direitos fundamentais dos quais o indivíduo é titular, cujas hipóteses de incidência estão garantidas pela constituição. A renúncia a direitos fundamentais deve ser entendida, então, como uma renúncia ao exercício desses direitos e não à titularidade dos mesmos, muito embora haja quem defenda que o não exercício (Nichtausübung) de um direito não significa renúncia, pois representa determinada forma de exercício de liberdade. DUQUE, M. S. op. cit., cap. 3, p. 10.

constitucionais, em especial os principais princípios relacionados às garantias constitucionais processuais<sup>160</sup>.

Tal análise se mostra de suma importância para a verificação do ANPP como meio de efetivação de direitos fundamentais consagradas em nosso ordenamento jurídico, em especial em nossa Constituição, bem como do seu viés como meio de concretização das garantias constitucionais, através de uma política pública a ser desenvolvida pelo Ministério Público.

É de se observar, inicialmente, que o conceito de princípio é algo bastante controverso, havendo inúmeras conceituações que divergem em inúmeros aspectos, bem como quanto à extensão dos seus efeitos decorrentes<sup>161</sup>.

Nesse sentido aponta Ferrajoli:

A distinção entre regras e princípios é certamente uma importante aquisição hodierna da teoria do direito. A questão de fundo, todavia, é a definição destas duas classes de normas: precisamente, o significado sob o prisma intencional da noção de “princípios”, em oposição àquele de “regras” e, conseqüentemente, o seu significado extensional, isto é, a classe das normas – se inclusiva ou não dos direitos fundamentais – qualificáveis como princípios. São, de fato, formulados diversamente, como é notório, os critérios propostos para se distinguir as duas classes de normas. Segundo Ronald Dworkin, “as regras são aplicáveis na forma do ‘tudo ou nada’”, no sentido de que são aplicáveis ou inaplicáveis determinadas conseqüências jurídicas quando concorram, ou não, as condições por elas previstas; os princípios, ao contrário, “não indicam conseqüências jurídicas que decorram automaticamente quando se verificarem as condições previstas”; as primeiras, portanto, aplicam-se aos casos a elas subsumíveis, enquanto que os segundos devem ser sopesados, de modo a prevalecer aquele ao qual é associado, caso a caso, maior peso ou importância<sup>162</sup>.

160“A relação entre a defesa penal e a atividade probatória é estabelecida, em primeiro lugar, pelas garantias constitucionais. Destas são ricas as constituições políticas de todos os países da América Latina, aos quais também se aplicam as Declarações de Direitos e as Convenções Internacionais e, particularmente para a nossa região, a Convenção Americana dos Direitos do Homem (Pacto de São José da Costa Rica). A Constituição brasileira contém expressamente a regra da observância do devido processo legal, desdobrado a seguir em um amplo leque de garantias”. GRINOVER, A. P. A defesa Penal e sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio da oportunidade. Relações entre juiz e Ministério Público – Seus limites. In: NUCCI, G. S.; MOURA, M. T. A. **Doutrinas Essenciais** - Processo Penal. 1. ed. vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 09.

161“Em virtude de estudos recentes de filosofia do direito, de teoria geral do direito e de direito constitucional, acirrou-se a discussão a respeito dos conceitos e conteúdos de norma, princípio, regra, garantia e direito. Há as construções e sistematizações de Peter Häberle, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Carl Schmitt, José Joaquim Gomes Canotilho, Virgílio Afonso da Silva, Friedrich Müller, Claus-Wilhelm Canaris, Karl Larenz, Josef Esser, Niklas Luhmann, Eduardo García de Enterría, Karl Englich, Alf Ross, entre outros. Todas as construções têm elementos positivos e elementos negativos, vantagens e desvantagens, que podem adaptar-se ao direito positivo interno de um Estado ou não.” NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais. 2018. p. 10. E-book.

162FERRAJOLI, L. Democracia através dos direitos. **O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradutor: Alexander Araújo de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. E-book. cap. 03, p. 06.

Longe do objetivo de se querer destrinchar essas diferenciações, adotaremos a noção de princípio, diferenciando-o de regras, posta por Robert Alexy, o qual vê os princípios como mandamentos de otimização, inseridas dentro do conceito de normas. Assim, tanto regras quanto princípios seriam normas, porém cada uma com suas peculiaridades, sendo os princípios dotados de maior grau de abstração<sup>163</sup>.

Nessa perspectiva os princípios são normas mandamentais que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível. Tal ordem, entretanto, se faz dentro de possibilidades, que seriam as possibilidades jurídicas materialmente existentes. Assim, a depender das condições reais, os princípios podem ser cumpridos em diferentes níveis, porém o seu cumprimento depende tanto de possibilidades reais, quanto de possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostas<sup>164</sup>.

Posto a noção, ainda que sucinta, do que se trata princípio, resta agora perquirir acerca da compatibilidade do acordo de não persecução penal com os principais princípios atinentes às garantias estabelecidas ao investigado durante a persecução penal, no sistema jurídico brasileiro, previstos em nossa Constituição<sup>165</sup>.

Também é de se recordar os princípios previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)<sup>166</sup>, que por expressa disposição constitucional o Estado brasileiro se obrigou a obedecer<sup>167</sup>, que em seu art. 8.º prevê as garantias judiciais, dentre elas, o pleno direito de defesa – incluída aí a defesa técnica, paridade de armas, presunção de inocência, e a garantia contra a auto incriminação.

163“Com freqüência, não são regra e princípio, mas norma e princípio ou norma e máxima, que são contrapostos. Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”. ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradutor: Vergílio Afonso da Silva. 2. ed. Malheiros Editores. 2015. p. 87.

164“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. [...] Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.” ALEXY, R. op. cit., p. 90/91.

### 3.1 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência está estabelecido expressamente no art. 5º, inciso LVII, de nossa Constituição Federal<sup>168</sup>. Como se vê da leitura do dispositivo constitucional, parte-se do pressuposto por tal garantia que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória<sup>169</sup>.

<sup>165</sup>Renê Ariel Dotti sintetiza a questões dos princípios no âmbito do direito processual penal da seguinte forma: “Conforme a doutrina, os princípios gerais do processo penal são identificados através da seguinte classificação: a) Princípios relativos à promoção processual: I - princípio da oficialidade; II - princípio da legalidade; III - princípio da acusação; b) Princípios relativos ao prosseguimento processual: I - princípio da investigação; II - princípio da contraditoriedade; III - princípio da audiência; IV - princípio da suficiência; V - princípio da concentração; c) Princípios relativos à prova: I - princípio da investigação ou da “verdade material”; II - princípio da livre apreciação da prova, III - princípio do “in dubio pro reo”; d) Princípios relativos à forma: I princípio da publicidade; II - princípio da oralidade; e III - princípio da imediação”. DOTTI, R. A. Princípios do Processo Penal. In: NUCCI, G. S.; MOURA, M. T. R. A. **Doutrinas Essenciais - Processo Penal**/ coordenadores: 1. ed. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 28.

<sup>166</sup>“Art. 8.2 Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em 20 jul. 2020.

<sup>167</sup>O art. 5º, § 2º, estabelece que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

<sup>168</sup>“LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 23 jul. 2020.

<sup>169</sup>Nesse ponto é importante destacar que o STF, em julgamento realizado no dia 17/02/2016, alterou seu entendimento anterior e por 7 votos a 4, ao julgar o HC 126.292/SP, considerou que é possível dar início da execução da pena após o acórdão condenatório em segundo grau. Mais recentemente julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, o STF reafirmou o posicionamento anterior ao julgar procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011 reafirmando que a presunção de inocência vigora até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O mesmo também é retratado como princípio da não culpabilidade, embora não se verifiquem diferenças intrínsecas entre as duas terminologias<sup>170</sup>. Em breve síntese, esse princípio se consubstancia em uma presunção política, no sentido de frear o interesse coletivo pela repressão estatal em face de um acusado. Nesse sentido, pontua Bardaró:

A presunção de inocência assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito. A presunção de inocência é, segundo Pisani, uma presunção política que garante a liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal<sup>171</sup>.

Tal princípio além de expressar uma regra processual onde deve ser considerado inocente o acusado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é a expressão do exercício de um direito humano, cívico e político, tendo o investigado ou acusado o pleno exercício de todos os seus direitos enquanto não forem afetados por uma sentença<sup>172</sup>.

Também é apontado pela doutrina duas dimensões deste princípio, sendo a primeira, como uma regra de tratamento a ser levado a cabo pelos agentes estatais em relação ao investigado/réu; e a segunda dimensão como uma regra de juízo, externada como uma regra probatória, que demonstra a necessidade dos agentes estatais comprovarem o cometimento de uma infração penal pelo acusado, e não o acusado comprovar sua inocência<sup>173</sup>.

Isso posto, a questão que se põe no presente estudo é saber se a vinculação do pactuante do ANPP, na condição de investigado pela suposta prática de um fato criminoso, à determinadas medidas estabelecidas no ANPP, mesmo

---

170 BADARÓ, G. H. **Processo penal**. E-book. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p.-RB1.7.

171BADARÓ, G. H. op. cit.; p. RB-1.7.

172 “Como consequência, o princípio deve ser admitido para se garantir ao acusado o exercício dos direitos humanos, civis e políticos enquanto não forem direta e expressamente afetados pela sentença penal condenatória, transitada em julgado ou pelas decisões cautelares. Diante de tal raciocínio, tem-se como revogado o n. II do art. 393 CPP que declara, como efeito da sentença condenatória recorrível, ser o nome do réu lançado no rol dos culpados. É importante ressaltar que o princípio ganha maior eficácia ao se considerar como ilegítima qualquer presunção de culpabilidade, seja de dolo ou de culpa stricto sensu, e também quando se assegura ao réu o direito de ver a sua causa instruída e julgada dentro de um prazo razoável. E é neste preciso sentido que dispõe a Constituição de Portugal: “Todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa” (art. 32.º, n. 2)”. DOTTI, R. A. Princípios do Processo Penal. In: **Doutrinas Essenciais** - Processo Penal. NUCCI, G. S.; MOURA, M. T. R. A. (Orgs.) 1. ed. vol. 1. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 28.

sendo legal e constitucionalmente inocente, possuiria algum condão de macular tal princípio uma vez que poderiam tecer argumentos no sentido de que se estaria impondo uma sanção, advinda de um órgão com atribuições penais a uma pessoa tecnicamente inocente.

Ademais, a principal objeção que se opõe neste tocante diz respeito à exigência da confissão pelo investigado para o firmamento do ANPP. Assim, verificaremos se tal requisito apresenta alguma violação ao princípio constitucional apontado<sup>174</sup>.

É de se ressaltar inicialmente que sendo uma forma de barganha obrigacional, o elemento volitivo (conhecimento do que se pactua e vontade de pactuar) é primordialmente necessário para a sua validade, fazendo valer, deste modo, o princípio da autonomia da vontade, também constitucionalmente previsto<sup>175</sup>.

Assim, avaliando a situação posta diante de si, inclusive com amplo acesso às provas até então produzidas, o investigado pode optar por firmar tal acordo ou não, dentro da sua autonomia da vontade, sabendo que o seu status de inocente resta preservado acaso decida por deixar de cumprir com o pactuado e optar por enfrentar um processo judicialmente formalizado<sup>176</sup>.

173“*Para tal afirmación parte de la distinción entre la doble dimensión de la presunción de inocencia como regla de juicio y como regla de tratamiento. Como regla de juicio obliga a que la declaración de culpabilidad se asiente en una inequívoca y concluyente actividad probatoria de cargo. Como regla de tratamiento conlleva la obligación de tratar al acusado como inocente durante todo el proceso*”. ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. Presente y futuro de la mediación penal en el ordenamiento español: ¿cabe más incertidumbre?. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 33-72, jan.-abr. 2019. p. 56. Disponível em: <https://orcid.org/0000-0002-7592-5142>.

174“*La mayor parte de las objeciones al reconocimiento de los hechos por parte del autor, como presupuesto de la derivación del asunto a mediación, se concentran indudablemente en torno a la garantía procesal de la presunción de inocencia. El punto de partida de la mediación (en el marco de los servicios de justicia restaurativa) consiste en la existencia de una suficiente base inculpativa y objetiva para acusar al infractor y el reconocimiento por éste de los hechos sobre los que se fundamenta esa base inculpativa, implica para el investigado la confesión de la autoría de los mismos*”. ETXEBERRIA GURIDI, Idem.

175“De fato, em caso de colisão entre o direito a um julgamento justo e o direito de autonomia, deve-se aplicar a teoria de Robert Alexy sobre a ponderação de princípios mencionados na Seção 4.5. Assim, é necessário determinar qual princípio constitucional deve ser prevalecer, desconsiderando-se os outros que com ele conflitam no caso específico. Tal resultado não significa revogar o princípio enfraquecido, mas conferir uma força normativa à Constituição, aplicando-se o princípio da proporcionalidade. Portanto, o direito do acusado de tomar uma decisão autônoma de renunciar ao direito ao julgamento é aceitável pelo sistema legal brasileiro”. SOUZA, M. **Plea Bargaining no Brasil** – O Processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. Salvador: Editora JusPodvm. 2019. p. 205.

176“Indispensável frisar que o acordo de não persecução não substitui o processo penal: a avença surge como uma oportunidade de evitação do processo-crime”. MESSIAS, M. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Lumens Juris. 2019. p. 28

Não é demais rememorar que a confissão que se exige para o firmamento da barganha processual penal é necessariamente feita de forma consensual pelo investigado, livre de coações, tendo aquele, antes da realização do ANPP, pleno conhecimento das consequências que sua decisão irá produzir<sup>177</sup>, bem como, estando amparado por defensor.

É de se apontar, também, que estudos no direito comparado não conseguiram identificar com precisão um motivo único para a realização de uma confissão dentro de uma barganha processual penal, sendo este um fenômeno complexo, e que empiricamente passa ao largo de uma constatação massiva de confissões por pressões ou coações por parte de agentes estatais<sup>178</sup>.

Não obstante, é de se registrar o que já foi dito quando da análise da natureza jurídica do ANPP, mas especialmente quanto da natureza jurídica das medidas impostas quando do seu firmamento a serem cumpridas pelo pactuante, que as medidas impostas quando do firmamento do ANPP em essência não possuem natureza jurídica de pena, e sim de medidas alternativas socialmente relevantes.

Nesse sentido, não há imperatividade no tocante ao cumprimento das mesmas, característica própria das sanções de caráter criminal.

Assim, uma vez não cumpridas as medidas firmadas no ANPP, por qualquer motivo que seja, não se poderá exigir o seu cumprimento compulsório, mas apenas, utilizar os meios jurídicos de rescisão do ANPP e posteriormente, dar continuidade a persecução criminal<sup>179</sup>.

Tais medidas, além do aspecto finalístico de encerrar um procedimento investigatório antes de iniciada a custosa e morosa triangularização processual, tem como fundamento uma recompensa pelo reconhecimento do fato praticado pelo

---

177“*Así, se insiste en que la confesión o reconocimiento del hecho se ha de realizar libremente, sin coacción, promesa o intimidación, y ante la presencia de su abogado antes de formar parte del programa de mediación ofrecido. Además, para ello resulta esencial que se informe debidamente al investigado de los efectos y consecuencias que produce su decisión*”. ETXEBERRIA GURIDI, Op. cit. p. 55 .

178“*What follows is an analysis of the principal structural factors that socio-legal researchers have identified as motivating guilty pleas or creating the opportunity for them. However, the reasons animating a guilty plea rather than a not guilty plea and trial are difficult to discern in the mass of cases. Indeed, a review of our sample of case files shows that, in those prosecutions where the information was known (n=88), no fewer than 73 per cent (n=64) of guilty pleas were offered on the filing of the indictment without any further endorsement or description in the case files of the circumstances underlying the plea*”. MCCONVILLE, Mike. MIRSLEY, L Chester. Jury Trials and Plea Bargaining: A True History. Hart Publishing. Oxford and Portland- Oregon. 2005. p. 155.

179 CABRAL, R. L. F. **Manual do Acordo de Não persecução Penal**. Salvador: Editora Juspodivum. 2020.p. 86.

investigado, sistema de retribuição este que possui origem bastante antiga nos ordenamentos jurídicos europeus<sup>180</sup>.

É de se frisar novamente que é indubitável que o ANPP não impõe sanção de caráter criminal, pois, nos termos do art. 28-A, § 12<sup>o</sup><sup>181</sup>, a pactuação do ANPP não configurará como maus antecedentes para o investigado, apenas sendo anotado para fins de impedir o mesmo benefício dentro do prazo de 05 anos, nos termos do art. 28-A, §2<sup>o</sup>, inciso III.

De todo o exposto, não há que se falar em uma violação do princípio da presunção de inocência quando do firmamento do ANPP, pois, em síntese, o acordo não impõe qualquer pena ao investigado, mas apenas materializa um acordo de vontades, que, como já mencionado no capítulo anterior, possui como pressupostos os mesmos elementos atinentes à teoria geral das obrigações.

Portanto, não há que se falar em violação à presunção de inocência<sup>182</sup>, pois: 01) não se está impondo qualquer pena ou sanção de caráter criminal ao investigado quando do firmamento do ANPP; 2) não há imperatividade no cumprimento das medidas assumidas pelo pactuante, nem há obrigatoriedade no seu cumprimento, restando em caso de não cumprimento apenas a alternativa de rescisão do acordo e prosseguimento da persecução; 3) o ANPP é firmado com base na autonomia da vontade do investigado, o qual pode avaliar todo o contexto, inclusive probatório existente, e deliberar pela pactuação ou não; 4) A confissão a ser realizada é necessariamente livre de coações, sob pena de invalidade do acordo feito; 5) o firmamento do ANPP não consta como antecedentes criminais para o pactuante, apenas é anotado em sua ficha para o impedimento de nova pactuação dentro do prazo de 05 anos.

Firmado a não violação da presunção de inocência quando da pactuação de um ANPP, sendo este um meio de concretização de direitos e garantias

180“Em um padrão comum ao sistema anglo-saxônico, durante os séculos XVIII e XIX, os acusados não eram representados por advogados, bem como não tinham a menor possibilidade de confrontar testemunhas ou outros meios de prova. Como consequência natural, havia um maior apelo por desculpas e clemências justamente para se evitar a aplicação da austeridade legal”. BRANDALISE, R. S. op. cit.; p.56-60.

181 § 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2<sup>o</sup> deste artigo. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

182“Ora, se o acordo de não persecução firmado entre o Ministério Público e o investigado evita o processo penal, por óbvio, a avença não fere a presunção de inocência sob o ponto de vista extrínseco (formal). Afinal, na sistemática do acordo, não há culpado, ação penal, processo, sentença penal condenatória ou trânsito em julgado, há apenas acordantes, tratativas e, especialmente, o arquivamento da investigação”. MESSIAS, M. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Lumens Juris. 2019. p. 29.

fundamentais, resta averiguar agora a questão da paridade de armas entre o membro do Ministério Público e o investigado pactuante, para aniquilar qualquer dúvida quanto a alguma violação de tal princípio e obedece, de forma inequívoca, um conceito material de justiça.

### 3.2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO E A IGUALDADE DE ARMAS

O princípio da paridade ou igualdade de armas surgiu como meio de garantia que, durante um processo no qual a pessoa esteja inserido como acusado ou como parte autor, ela terá o mesmo direito a produção de provas e a ao exercício da sua defesa ou acusação que a parte contrária, seja para provar o que alega em sua peça vestibular (no caso do processo penal a acusação) quanto para o exercício do seu amplo direito de defesa<sup>183</sup>.

Tal princípio sem sombra de dúvida representa uma garantia fundamental do cidadão frente ao Estado, quando envolto em um processo penal. Esta garantia não é voltada unicamente ao magistrado condutor do processo, mas também ao legislador ao regular determinado procedimento<sup>184</sup>.

É de se registrar que, embora tal princípio tenha como pressuposto assegurar uma igualdade de direitos entre as partes processuais, tem-se que não basta uma igualdade puramente formal para a sua concretização, uma vez que este conceito de igualdade puramente formal já foi ultrapassado e fala-se atualmente em uma busca pela igualdade material no âmbito, no sentido de dar um tratamento desigual a partes com capacidades desiguais.

A par disso, surge a problemática de que no processo penal, tanto em sua fase judicializada quanto na pré-processual, há uma desigualdade inicial na persecução, uma vez que esta é desenvolvida por agentes estatais, dotados de maior capacidade de ação que um cidadão comum.

---

<sup>183</sup>A instrução criminal no sistema brasileiro se desenvolve sob a garantia do princípio da contradição, com regras que estabelecem um equilíbrio de armas entre acusação e defesa, quanto à liberdade para produzir e contestar a prova (indicação e ouvida de testemunhas, realização de perícias e juntada de documentos), bem como a garantia em favor de uma parte de responder às alegações da outra (CPP arts. 395 e s.; 499 e 500 e CPC arts. 326, 327, 372, 397, e 398, c/c o art. 3.º do CPP). Tanto a doutrina como a jurisprudência se orientam no sentido de que a segurança do contraditório abrange a instrução lato sensu, "incluindo todas as atividades das partes que se destinam a preparar o espírito do juiz, na prova e fora da prova. Compreende, portanto, as alegações e os arrazoados das partes". DOTTI, R. A. Princípios do Processo Penal. In: **Doutrinas Essenciais** - Processo Penal. NUCCI, G. S.; MOURA, M. T. R. A. (Orgs.) 1. ed. vol. 1. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 28.

<sup>184</sup>BADARÓ, G. H. op. cit., p. -RB-1.6.

Nessa linha, resta averiguarmos se o ANPP como instrumento da justiça consensual e estabelecida no âmbito pré-processual da persecução penal poderia representar alguma violação desta garantia fundamental prevista em nosso ordenamento jurídico<sup>185</sup>.

Como já dito anteriormente, nossa persecução penal é dividida em duas fases: a primeira pré-processual, à carga em regra da polícia judiciária ou do agente do Ministério Público, e a judicial, onde já formalizada a triangularização processual.

Ocorre que essa fase pré processual possui nitidamente caráter inquisitório, não havendo de fato uma participação do investigado na produção das provas. Embora não haja empecilho para o acompanhamento das mesmas caso se tenha ciência da investigação, ressalvado os atos que necessitem de sigilo, a produção das provas em regra de faz de forma unilateral<sup>186</sup>.

Não obstante o caráter inquisitorial de uma investigação preliminar à instauração de um processo judicial, já é assente em nossa doutrina e jurisprudência que esta natureza não viola as garantias fundamentais de um eventual acusado, a um, pois um procedimento investigatório para ser efetivo e de fato conseguir reunir elementos da prática de um crime necessita de certo grau de sigilo, não se podendo dar conhecimento para o investigado da prática de um fato criminoso de certas diligências, sob pena de risco de eliminação das provas, e, a dois, pois toda a prova coletada em sede de investigação, em regra<sup>187</sup>, deve ser renovada quando da fase judicial de persecução, ali estabelecido o contraditório e ampla defesa, falando-se, portanto, em um contraditório e ampla defesa diferidos quando do estabelecimento de um processo judicial em relação às provas pré-processuais<sup>188</sup>.

---

185 Neste contexto, aponta-se a crítica feita por Aury Lopes Jr. quanto a uma possível superioridade do Promotor de Justiça em relação a um acusado para a realização de barganhas: “A superioridade do promotor, acrescida do poder de transigir, faz com que as pressões psicológicas e as coações sejam uma prática normal, para compelir o acusado a aceitar o acordo e também a “segurança” do mal menor de admitir uma culpa, ainda que inexistente. Os acusados que se recusam ao acordo ou a *guilty plea* são considerados incômodos e nocivos, e sobre eles pesarão acusações mais graves”. LOPES JÚNIOR., A. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antigarantista. In: CARVALHO, S.; WUNDERLICH, A. (Orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogal** \_ teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2002. p. 123.

186 LIMA, M. P. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 5. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 97.

187 O art. 155 do CPP prevê três exceções em que os elementos de informação produzidos no inquérito policial e, portanto, sem observância do contraditório, poderão ser valorados pelo juiz e fundamentar um decreto condenatório: “ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Feitas tais ponderações, é de se pontuar que o ANPP não pode ser visto como um instituto que viole a garantia da paridade de armas.

Registre-se que a justiça negocial surgiu inicialmente como uma alternativa solicitada muitas vezes pelos acusados<sup>189</sup>, diante da possibilidade de, confessando a prática delitiva, serem agraciados por uma pena menor, não tendo sido, portanto uma prática levada por imposição legislativa, e sim pela necessidade de aprimoramento das garantias do acusado, entre elas a de optar por um meio mais célere e menos rigoroso quanto a possíveis medidas decorrentes de uma condenação<sup>190</sup>.

Não obstante, quando a proposta de ANPP é feita no bojo de um procedimento investigatório, ao investigado é assegurado acesso às provas até então existentes, podendo, avaliar tal contexto, e decidir, dentro da sua liberdade individual, firmar ou não o acordo. Caso não o deseje, a investigação continuará, podendo haver o oferecimento de denúncia ou não, a depender da situação fática.

Ademais, o investigado deverá estar necessariamente acompanhado de advogado para o firmamento do ANPP, satisfazendo de forma certa a paridade de armas, não dando azo a qualquer argumentação no sentido de hipossuficiência do investigado frente ao Promotor de Justiça<sup>191</sup>. Resta lembrar, também, que acaso a assistência jurídica seja mal prestada, tal fato pode servir como fundamento para anulação do acordo<sup>192</sup>.

Portanto, não há como se considerar que haveria alguma violação a paridade de armas quando da prática de um ANPP.

Nesse sentido:

---

188“Porém, embora seja inegável a importância do contraditório, possibilitando às partes uma interlocução prévia sobre tudo aquilo que possa interferir na decisão judicial, sendo considerado um elemento estrutural do processo, ele não deve ser considerado uma “condição geral e absoluta para utilização do meio de prova”. Como explica Taruffo, a regra segundo a qual a prova deve se formar em contraditório vale somente no processo , ou seja, para as provas constituídas , que propriamente são criadas no processo; já para as outras provas, isto é, as pré-constituídas , o importante é que seja garantido o contraditório, não para a formação da prova, mas para a sua valoração. Neste caso, basta que as provas pré-constituídas sejam submetidas ao contraditório, antes da decisão judicial”. BADARÓ, G. H. op. cit.; p. -RB-10.8.

189 BRANDALISE, R. S. op. cit., p. 63/64.

190Expondo a ideia da iniciativa dos próprios investigados quanto a confissão para fins de celebração de barganhas: *“It would appear from the case files and reports that guilty pleas were almost invariably entered personally by defendants themselves. The entry of a guilty plea was usually inscribed on the jacket of the indictment, as in the prosecution of Thomas Shearer below. Exceptionally, it seems to have been possible for the plea to be entered on the defendant’s behalf by the defendant’s counsel, as illustrated in the prosecution of Margaret McClure”*. MCCONVILLE, Mike. MIRSLEY, L Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Portland- Oregon. 2005. fl. 153.

A compreensão acima exposta traz um consectário lógico: deve órgão de acusação apresentar, em tempo oportuno, os elementos probatórios conhecidos por ele ao acusado, ainda que possa negar ou mitigar a culpa dele. Elucidativa é a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, que decidiu pela necessidade, para fins de respeito ao art. 6º, § 1º da Convenção Europeia, de que os acusados tenham conhecimento prévio do conteúdo da acusação apresentada para que haja possibilidade de realização do devido contraditório por parte do acusados. Portanto, não há motivação suficiente para se considerar que o Ministério Público esteja em situação superior na negociação. Os dois sujeitos estão bilateralmente voltados para o acordo, especificamente porque o acusado e seu defensor não podem procurar outra parte para a realização de seus termos, ao mesmo passo que o agente de acusação precisa negociar em cada caso para obtenção de cada resultado específico - para tanto, devem ser observados o conteúdo probatório de cada processo, os recursos disponíveis, os riscos, a disponibilidade da parte adversa para negociar, além, claro, da capacidade das partes para negociação<sup>193</sup>.

É de se salientar, como já dito alhures, que como um negócio jurídico o ANPP deve obedecer aos requisitos gerais da teoria das obrigações. Assim, um dos elementos de validade é a vontade dos pactuantes com a ausência de vícios (erro, dolo, coação, etc). Em havendo em uma situação fática alguma dessas situações o ANPP será nulo e perderá sua validade jurídica<sup>194</sup>.

Porém, é de se registrar que uma situação como esta não pode ser considerada uma regra, e dependeria de uma análise casuística, não se podendo partir da vil ideia de que por si só a figura de um Promotor de Justiça represente

191“Tal direito visa a compensar a desigualdade material existente entre a parte acusadora na relação processual penal – representada por servidor público selecionado mediante rigoroso concurso público de provas e títulos – e o acusado, normalmente leigo no direito e hipossuficiente, quando não analfabeto funcional ou semi-alfabetizado. Além disso, o acusado, mesmo que dotado de conhecimentos jurídicos, por estar com a sua sorte em jogo no processo criminal não possui a serenidade e ponderação necessárias para se defender sozinho. A defesa técnica é indisponível, devendo ser assegurada pelo Estado mesmo contra a vontade expressa do acusado. Nesse caso, o defensor nomeado de ofício pelo juiz caracteriza o que Victor Moreno Catena chama de “mecanismo de auto-proteção do sistema processual penal”, pelo cumprimento das regras da dialética e da igualdade entre as partes”. MALAN, D. R. Defesa Penal Efetiva. In: **Doutrinas Essenciais** - Processo Penal. NUCCI, G. S.; MOURA, M. T. R. A. 1. ed. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 10.

192“O fato do órgão da acusação ser público não é um impedimento para realizar o acordo, pois permite-se a livre manifestação da vontade diante da proposta do Estado. O grande problema está na negociação do pacto. A vontade precisa ser manifestada sem pressões nem ameaças. Quanto à igualdade entre as partes, ela fica garantida pela assistência concedida por advogado ou pela Defensoria Pública. A orientação jurídica permite que o acusado possa manifestar livremente seu desejo. Contudo, se a assistência for mal prestada, o acordo é passível de anulação”. SILVA, A. A. op. cit., p. 26.

193BRANDALISE, R. da S. op. cit., p. 191.

194“Dessa forma, considerando que, segundo o Plenário do STF ao apreciar a AP 565/RO, os procedimentos investigativos são marcados pelo contraditório diferido, eventual proposta de acordo de não persecução penal deve cessar tal postergação, pois encerrada a investigação e formada a *opinio delicti* positiva, garantindo ao investigado o pleno acesso aos autos e a oportunidade de a defesa técnica estudar previamente o procedimento”. MESSIAS, M. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Lumens Juris. 2019. p. 28

uma espécie de coação suficiente para forçar alguém, que não o deseje, a firmar um acordo que lhe traga consequências gravosas.

Ademais, a tendência de meios consensuais na justiça criminal não é um fenômeno unicamente brasileiro, sendo uma tendência em inúmeros países no mundo<sup>195</sup>, não havendo, em qualquer hipótese, como se chegar a errônea conclusão que essa tendência seria feita sob o sepulcro do princípio da paridade de armas e que pudesse ser um subterfúgio para coações violadoras de direitos e garantias fundamentais.

Ponto importante também, nesta seara, é de ressaltar que o próprio sistema legal do ANPP regulamentado na Resolução n. 181/17-CNMP e no art. 28-A do CPP, adotou cautelas visando à proteção do investigado pactuante, de forma que o acordo seja realizado da forma mais justa e adequada possível<sup>196</sup>.

E mais, uma vez pactuado, como também já dito, havendo reconsideração por parte do investigado no tocante às condições estabelecidas, pode este até mesmo deixar de cumprir o acordo, não havendo qualquer sanção para isso, apenas não se possibilitando nova tratativa consensual no processo.

Assim, conclui-se que o ANPP não pode ser visto como um instrumento que viole princípio da paridade de armas, pois: a) é firmado com base em um acordo de vontades entre agente do Ministério Público e investigado, e, caso não haja voluntariedade, pode ser declarado nulo; b) o acordo não importa uma condenação, e sim reconhecimento espontâneo pelo investigado da prática do fato em troca do cumprimento de medidas alternativas; c) o acordo deve ser cumprido

195“*Mientras esto ocurría en los países de nuestro entorno, España, afectada por los mismos problemas (gran cantidad de conductas que se encuentran criminalizadas, el alto número de infracciones que se cometen, y la lentitud de los procedimientos), ha visto como poco a poco se ha deteriorado la Administración de Justicia, y como a pesar de las muchas reformas realizadas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal sigue siendo un objetivo a conseguir la simplicidad, eficacia y rapidez del proceso penal, sin merma de las garantías inherentes al proceso ordinario. Estas carencias han provocado una generalizada pérdida de confianza de los ciudadanos en la Justicia, verdaderos deslinatarios de la misma, y que han visto como el ejercicio de sus derechos legítimos ante los Tribunales no gozan de la efectividad que les es reconocida a nivel constitucional*”. GARCIA, N. R. **El Consenso En El Proceso Penal Español**. Barcelona: José Maria Bosch Editor. 1997. p. 53.54.

196“Nesse sentido, é possível constatar as seguintes cautelas, adotadas pela Resolução n. 181/17-CNMP e pelo art. 28-A, CPP, com o objetivo de que o acordo de não persecução seja realizado da forma mais justa e adequada possível: i) o acordo não importa em uma condenação e não pode impor, como uma de suas condições, a prisão do investigado. Na verdade, as prestações que são objeto de acordo inserem-se plenamente no âmbito de disponibilidade do acusado, inclusive são frequentemente objeto de contratos de natureza civil (v.g. prestação de serviços - contrato de trabalho; prestação pecuniária - doação ou pagamento); ii) o acordo de não persecução penal deve ser cumprido voluntariamente pelo investigado (por isso, trata-se de instituto distinto do plea bargain norte-americano)”. CABRAL, R. L. F. **Manual do Acordo de Não persecução Penal**. Salvador: Editora Juspodivum. 2020.p. 52.

voluntariamente pelo pactuante, e acaso não o faça, não haverá qualquer sanção pelo seu descumprimento, a não ser o prosseguimento da investigação; d) não se pode presumir que haja uma coação por parte de qualquer das partes durante a pactuação, sendo este raciocínio desprovido de embasamento.

### 3.3 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO

O direito a não autoincriminação é muitas vezes ligado a ideia de um direito ao silêncio, em que pese ser mais extenso que este, trazendo o sentido de que o acusado ou investigado não tem a obrigação legal de produzir qualquer prova que entenda que possa ser futuramente utilizado contra si. Nesse sentido:

Como bem asseverado por Ada Pellegrini Grinover, "o réu, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova que o prejudiquem. Pode calar-se ou até mentir. Ainda que se quisesse ver no interrogatório um meio de prova, só o seria em sentido meramente eventual, em face da faculdade dada ao acusado de não responder. A autoridade judiciária não pode dispor do réu como meio de prova, diversamente do que ocorre com as testemunhas; deve respeitar sua liberdade, no sentido de defender-se como entender melhor, falando ou calando-se, e ainda advertindo-o da existência da faculdade de não responder"<sup>197</sup>.

Sua origem remonta ao direito inglês do século XVII<sup>198</sup>, sob a fórmula do "*privilege against self incrimination*", bem como ao direito canônico medieval<sup>199</sup>, reconhecendo-se ao acusado, durante um processo, o direito ao silêncio e a faculdade de depor informalmente, sob juramento, para se defender.

A criação de tal princípio é fruto da expansão do sistema adversarial, no final do século XVIII, sendo que em períodos anteriores vigorava exatamente uma praxe oposta, no sentido de se facultar o exercício de uma atividade comunicativa calcado

197MOURA, M. T. R. A.; MORAES, M. Z. Direito ao silêncio no interrogatório. In: **Doutrinas Essenciais** - Processo Penal. NUCCI, G. S.; MOURA, M. T. R. A. 1. ed. vol. 3. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 65

198"O nemo tenetur se accusare, no sistema inglês, nasceu sob a fórmula do *privilege against self-incrimination*, e foi solenemente afirmado no Estatuto de Carlos I, em 1641. Em 1898, o Criminal Evidence Act reconheceu ao acusado, no curso do processo, o direito ao silêncio e a faculdade de depor informalmente, mas se lhe assegurou, também, o direito de ser ouvido como testemunha de defesa, sob juramento e sujeito aos riscos da *cross examination*. Isso significa que, no sistema inglês, o acusado só pode ser interrogado em audiência e quando queira depor sob juramento para defender a sua causa". MOURA, M. T. R. A.; MORAES, M. Z. op. cit., p. 65.

199CABRAL, R. L. F. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In: **Acordo de não persecução penal**. BEM, L. S.; MARTINELLI, J. P. (Orgs). 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido. 2020. p. 209

na oportunidade do acusado se manifestar quando estivesse frente a uma acusação<sup>200</sup>.

De forma um pouco mais tardia, os países de origem não anglo-saxã tiveram a garantia contra a autoincriminação estabelecidas já no final do século XIX, inicialmente na França, com repercussões posteriores na Itália e em Portugal<sup>201</sup>.

Já no direito brasileiro tal garantia fundamental vem esculpida perante o art. 5º, LXIII da CF, onde se assegura que "*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*". Também há previsão em nosso Código de Processo Penal em seu art. 186, § Único, que assim dispõe: "*Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa*".

De igual forma há previsão semelhante na Convenção Americana de direitos Humanos, que assegura, em seu art. 8º, §2, alínea "g" que "*durante o processo toda pessoa tem direito (...) de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpado*".

Tal princípio expressa um verdadeiro direito e uma garantia individual contra eventuais abusos decorrentes dos poderes estatais, inseridos dentro do âmbito da intimidade do investigado/acusado<sup>202</sup>.

Sobre o alcance de tal garantia, há três posições consolidadas que variam de acordo com cada sistema jurídico<sup>203</sup>. O primeiro é o adotado em países como Estados Unidos e Espanha e que compreende que o direito de permanecer calado abrange somente atividades comunicativas verbais às autoridades estatais. Assim, em tais sistemas jurídicos, a exigência de realização de algum exame como de raios-x ou a utilização de etilômetro não estaria abarcadas em tal garantia.

200 Idem, p. 209.

201 "Os países de direito não anglo-saxão só viram o princípio ser inserido em suas legislações com a França, a partir da Lei de 8.12.1897, que, em seu art. 3.º, estabelecia que "logo na primeira apresentação do acusado, o magistrado deve lhe dar a conhecer os fatos que lhe são atribuídos e receber as suas declarações, depois de avisá-la que pode ou não fazê-las". Na Itália, o nemo tenetur foi adotado pelo CPP de 1930, porém de maneira tímida e limitada, podendo o silêncio ser valorado como indício de culpa. O princípio só se tornou inteiramente eficaz em todas as fases procedimentais, inclusive inquérito policial, em 1965 e 1969, com as alterações introduzidas na legislação processual penal,<sup>7</sup> as quais acabaram reproduzidas, em sua essência, no Código em vigor". MOURA, M. T. R. A. MORAES, M. Z. Direito ao silêncio no interrogatório. In: **Doutrinas Essenciais** - Processo Penal. NUCCI, G. S.; MOURA, M. T. R. A. 1. ed. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 65.

202 "O direito ao silêncio insere-se, no plano do direito material, no direito à intimidade, que, por sua vez, enquadra-se entre os direitos que constituem atributo da personalidade". Ibidem, p. 65

203 CABRAL, R. L. F. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In: **Acordo de não persecução penal**. BEM, L. S., MARTINELLI, J. P. (Orgs). 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido. 2020. p. 212-213.

A segunda posição acerca do alcance do direito a não autoincriminação é o adotado no sistema alemão, onde o direito ao silêncio abrange o direito de não contribuir mediante comunicação ativa, da mesma forma como o direito de não ser obrigado a contribuir em investigações estatais. Porém, em tal sistema, ao investigado pode ser imposta a realização de diligências interventivas de forma passiva.

A terceira e última posição, é a adotada no Brasil, que entende que o direito de ficar em silêncio abrange tanto as comunicações verbais como a proteção contra exigências de intervenção passiva ou ativa.

Assente que há uma garantia em nosso sistema de Justiça que garante o direito à não produção de prova que possa lhe trazer qualquer prejuízo, o ponto que se põe no presente tópico é saber se, sendo um dos pré-requisitos para o firmamento de um ANPP a confissão formal e circunstanciada do investigado perante o Promotor de Justiça, haveria alguma violação de tal direito fundamental nesta exigência?

Como visto o caput do art. 28-A do CPP exige que o investigado confesse formal e circunstanciadamente a prática delitiva para fazer jus ao firmamento do ANPP. A par disso, não se pode interpretar, em absoluto, tal exigência legal como violação do direito a não autoincriminação, por vários motivos.

Em primeiro lugar, temos que o dispositivo legal mencionado estabelece uma contrapartida para aquele investigado que espontaneamente confessa a prática do fato criminoso e cumpre os demais requisitos previstos na lei. Tal prática de estabelecer uma forma de recompensa pela assunção de culpa não é novidade em nosso sistema jurídico, já sendo utilizado em inúmeras outras situações. Conforme expõe Vladimir Aras:

Outros dois institutos que mitigam a reprovabilidade penal, relacionados com a regra *Nemo tenetur se detegere*, estão no art. 14 da Lei n. 9.605/98 Lei Penal Ambiental, que prevê a atenuação da pena: a) por comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental (inciso III); e b) pela colaboração do réu com os servidores encarregados da vigilância e do controle ambientais (inciso IV). Perceba-se que, em qualquer das situações acima analisadas, o réu preserva o seu direito ao silêncio e continua desobrigado de colaborar com as autoridades. Mas se resolver falar, cooperando, será premiado com a redução da pena, com o perdão judicial ou com imunidade. O raciocínio é o mesmo no acordo de não-persecução penal. O investigado não está obrigado a colaborar. Mas, se quiser, pode fazê-lo, mediante renúncia ao direito ao silêncio<sup>204</sup>.

---

204ARAS, V. op. cit., p.321.

Em segundo lugar, deve-se apontar que, em verdade, a confissão é uma opção dada ao investigado, dentro do seu âmbito do seu livre arbítrio e de sua liberdade individual, para o firmamento do ANPP ou não. Assim, a confissão é apenas uma opção a ser avaliada pelo investigado, não havendo necessidade de fazê-la. Em optando por fazê-la, poderá, dentro da sua liberdade individual, firmar o acordo e gozar de medidas mais tênues que uma eventual condenação.

Neste ponto, é importante que não haja confusão no tocante a voluntariedade da confissão, com possível contrariedade emotiva/afetiva do investigado, pois, a existência de certas emoções como braveza, raiva, rancor quando do firmamento de um ANPP não afetam, per si, a voluntariedade do acordo<sup>205</sup>.

O terceiro ponto que deve ser sobressaltado quanto da análise do ANPP e a não autoincriminação é que a própria legislação assegurou cautelas para que tal ato não fosse firmado sem qualquer embasamento fático. Exige-se, assim, que a confissão seja feita de forma circunstanciada, apontando todos os detalhes dos fatos, bem como dados sobre eventuais outros autores e informações sobre produtos e proveitos do crime.

Deste modo, há filtros legais que dão apoio a um livre exercício do direito de não produção de prova contra si do investigado, e que filtram eventuais confissões feitas com base em afirmações que não correspondem à realidade. Nesse sentido, a confissão feita para fins de ANPP pode ser vista sob a égide de algumas garantias de segurança processual.

A primeira é que ela sendo feita de forma circunstanciada, com o seu registro por audiovisual (conforme determina a Resolução n. 181/2017 do CNMP<sup>206</sup>), e na presença de defensor, situação na qual reforça uma justa causa já existente para fins de eventual oferecimento de denúncia, o que permite ter a certeza que o

---

205 “[...] a toda evidência ninguém senta com o Ministério Público para celebrar um acordo de não persecução de bom grado, ou feliz por ter que responder pela prática aparente de um delito. Entretanto, é de fundamental importância não se confunda a exigência da voluntariedade para a confissão, com a constatação de determinados sentimentos ou paixões do investigado”. CABRAL, R. L. F. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In: **Acordo de não persecução penal**. BEM, L. S., MARTINELLI, J. P. (Orgs). 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido. 2020. p. 214.

206 Art. 18, § 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. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)”. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em 20 jul. 2020.

confessante não é alguém alheio à prática criminosa perseguida, e sim de fato teve a participação do delito. Além do que, fornece certa tranquilidade ao defensor, que sabendo do conteúdo circunstanciado da confissão terá plena convicção de que o caminho do firmamento de uma medida consensuada é a medida menos gravosa para o seu cliente<sup>207</sup>.

A segunda é que o investigado e seu defensor terão amplo acesso ao acervo probatório até então produzido contra si quando da oportunidade de firmar o ANPP. Assim, caberá ao investigado e seu defensor avaliar o contexto probatório e optarem pela estratégia mais adequada a ser seguida.

Tais garantias tornam o ANPP mais seguro até mesmo que institutos correlatos no direito estrangeiro, como o *Plea Bargaining* do direito norte americano<sup>208</sup>, facultando, no direito brasileiro, o amplo acesso do investigado às provas existentes no bojo do procedimento investigatório. Tendo acesso a elas, pode o investigado valorar qual caminho seguir, se pelo firmamento do ANPP, abrindo mão do seu direito ao silêncio, se pelo prosseguindo a persecução penal. Em resumo, o que há quando do oferecimento do firmamento de uma barganha nos termos do art. 28-A do CPP, é oferta ao investigado, e não uma ameaça<sup>209</sup>.

---

207“Essa confissão tem dois aspectos muito importantes. O primeiro é que sendo ela crível e detalhada - apresenta ao Membro do Ministério Público fundamentos robustos no sentido de que ao celebrar-se o acordo - não se está a praticar uma injustiça contra um inocente. Essa confissão reforça a justa causa que já existia para o oferecimento da denúncia, dando seriedade e peso à realização do acordo. Dá também ao advogado a devida tranquilidade de que, ao assentir que o seu cliente ou assistido realize o acordo, não está fazendo uma má orientação jurídica. Muito pelo contrário, está orientado que ele siga uma via menos gravosa e mais benéfica do que a de responder pelo delito em um processo penal, no qual exista uma alta probabilidade de condenação”. CABRAL, R. L. F. **Manual do Acordo de Não persecução Penal**. Salvador: Editora Juspodivum. 2020.p. 113.

208“Como já foi dito ao longo desta obra, o sistema el brasileiro tem muitas diferenças com o sistema de justiça criminal dos EUA, que levariam a um padrão mais apurado de barganha. O Brasil tem um envolvimento judicial mais efetivo e ativo durante o processo penal e os réus brasileiros terão acesso a mais provas do caso antes de aceitar o acordo, quando comparados aos aos réus nos Estados Unidos. No Brasil, a acusação não pode ocultar qualquer evidência, seja ela exculpatória ou não, indicando menos discricão do Ministério Público do que nos Estados Unidos”. SOUZA, M. **Plea Bargaining no Brasil** – O Processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. Salvador. Editora JusPodvm. 2019. p. 201.

209“Nos moldes estabelecidos pelo art. 28-A do CPP, a possibilidade de fazer o acordo, nos parece, claramente uma oferta e não uma ameaça. Isso porque a consequência da não aceitação do acordo não tem um resultado desproporcional em relação à proposta, de modo que as consequências altamente desproporcionais podem sim consubstanciar uma ameaça, pois quando maior a sua gravidade, mais pressão ela envolve. No casso do ANPP, as condições são bastante brandas, não envolvem privação de liberdade e guardem estrita proporcionalidade coma pena cominada, que é, inclusive, utilizada como parâmetro para a sua fixação ( CPP, art. 28-A, I a V)”. CABRAL, R. L. F. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In: **Acordo de não persecução penal**. BEM, L. S., MARTINELLI, J. P. (Orgs). 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido. 2020. p. 215.

Não é demais lembrar também que não é algo novo no direito a aceitação de medidas contratuais que disponham sobre direitos de personalidade, que, embora inalienáveis, podem ser mitigados<sup>210</sup>.

Assim, não há como se concluir por eventual inconstitucionalidade ante a violação do princípio da não obrigatoriedade de produção de prova contra si, pelo fato da legislação ordinária prever algum benefício ao acusado ou investigado, em caso de expressa confissão. Nesse sentido Moraes pontua:

Observe-se, contudo, que, apesar da consagração do direito ao silêncio, não existirá inconstitucionalidade no fato da legislação ordinária prever um benefício legal à confissão voluntária do agente de infração penal. O direito constitucionalmente garantido do acusado permanecer em silêncio não é afastado pela confissão espontânea do agente, mas sim é garantido pela discricionariedade que a Carta Magna lhe confere entre confessar ou calar-se. Desta forma, plenamente possíveis eventuais previsões infraconstitucionais de espécies de delações premiadas ou mesmo atenuantes genéricas, em que a confissão espontânea do agente criminoso, mediante alguns requisitos, propiciar-lhe-á uma melhora em sua situação penal. Nesse mesmo sentido orienta-se a doutrina e jurisprudência espanhola, conforme se verifica em julgados do Tribunal Constitucional espanhol noticiados por Franciso Rubio Llorente<sup>211</sup>.

Sob esta perspectiva, a confissão espontânea do investigado em troca da possibilidade de firmamento do ANPP e de uma consequência menos gravosa do que uma eventual condenação criminal, pode até mesmo ser visto como corolário do princípio da individualização da pena, embora, como já dito, as medidas decorrentes da medida consensuada não possuam natureza jurídica de pena.

Tal princípio aponta que, praticado um fato criminoso, a pena deve atentar-se à medida da culpabilidade do agente, se mais acentuada reprimida com uma pena mais grave, se menos acentuada com uma pena menor.<sup>212</sup>

Neste horizonte, havendo investigados que pratiquem fatos criminosos em situações semelhantes, a legislação pode dar tratamento diferenciado para aquele que, tendo pleno conhecimento das provas já produzidas, adota postura espontânea de reconhecer a prática do crime por ele praticado e, satisfazendo os demais

210“O acordo de não persecução é instrumento processual penal que mitiga, em certa medida, alguns direitos fundamentais do cidadão, ao pressupor a confissão formal e detalhada a prática da infração penal, bem como indicação de eventuais provas de seu cometimento? Ao contrário de uma conclusão apressada, o dispositivo em análise não anula a garantia constitucional do acusado de permanecer em silêncio, descrita no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Isso porque o investigado não é compelido a dizer a verdade ou de não permanecer em silêncio”. DOWER, P. E. C.; SOUZA, R. Algumas Respostas Sobre o Acordo de Não Persecução Penal. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Orgs.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 161.

211MORAES, A. op. cit., p. 16.

requisitos legais, ter contra si medidas menos graves do que uma condenação criminal. Do outro lado, o que mesmo em tal circunstância opta por não assumir a prática delitiva e enfrentar um processo criminal sofre o risco de sofrer uma condenação criminal com todos os efeitos que dela decorrem.

Esta constatação não é exclusiva do sistema jurídico pátrio, sendo já apontada inclusive pela Suprema Corte norte-americana como um dos motivos justificadores do plea bargaining, senão vejamos:

“Nos últimos anos, os pesquisadores desenvolveram outras explicações para o fenômeno. Uma teoria é que a negociação judicial representa o tentativa de individualizar a justiça, sobre essa questão, Newman (1966: Capítulos 8-9) explora longamente em seu estudo da American Bar Foundation. O argumento é que leis abstratas e gerais devem de alguma forma ser feitas para se adequarem atos, pessoas e circunstâncias. Graves injustiças são cometidas quando prescritas as penalidades, estas são administradas de forma uniforme a pessoas em situação semelhante; a verdadeira justiça envolve a adaptação das penalidades às características individuais do ofensor e da ofensa. Mais de uma década atrás, a Suprema Corte (*Brady v. Estados Unidos*, 397 U.S. 742,751) articulou este ponto observando que as negociações entre a acusação e a defesa mediam a lei e as realidades do mundo<sup>213</sup> (nossa tradução).

Deste modo, há que se fazer uma ponderação de princípios<sup>214</sup> quando da análise do ANPP frente ao princípio da não autoincriminação. Se de um lado há essa garantia constitucional ao investigado, de outro lado há a questão de dar um

212“Sem razão não é, dentro do fundamento da responsabilidade individual, quanto à aplicação e fixação da pena, que o Código Penal (art. 42), estatui regras à individualização. Só o agente ativo do fato típico, antijurídico, frente à pretensão punitiva, deve sofrer as sanções penais aplicáveis à espécie, conforme a proporção da ofensa praticada e consentâneas com o caráter objetivo do delito e subjetivo do autor, refletindo uma individualização adequada. Não deve, nessa adequação, a pena ser excessiva ou deficiente, mas equilibrada, a fim de que a reação punitiva seja justa e limitada”. PEREIRA, M. L. A pena e respectivos limites. In: **Doutrinas Essenciais** - Processo Penal. NUCCI, G. S.; MOURA, M. T. R. A. 1. ed. vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 62.

213“*In recent years, researchers have devised other explanations of the phenomenon. One theory is that plea bargaining represents the attempt to individualize justice, a matter Newman (1966: Chapters 8-9) explores at length in his American Bar Foundation study. The argument is that abstract and general laws must somehow be made to fit specific acts, persons, and circumstances. Grave injustices are done when prescribed penalties are uniformly administered to similarly situated persons; real justice involves adapting penalties to individual characteristics of the offender and the offense. Over a decade ago, the Supreme Court (Brady v. United States, 397 U.S. 742,751) articulated this point by noting that negotiations between prosecution and defense mediate the law and the actualities of the world*”. MAYNARD, Douglas W. *Inside Plea Bargaining*. New York. Plenus Press. 1984. p. 167.

214“*No sistema dos princípios e valores previstos constitucionalmente, nenhum deles se coloca como absolutamente intangível, na medida em que mesmo aqueles de fundamental importância devem ser coordenados com outros valores constitucionais, de modo que poderão sofrer limitações por força destes, quando sejam prevalecentes e não seja possível a realização conjunta de ambos. Justamente por isso fala-se em limites implícitos de todo princípio, sujeito ao balanceamento e confronto com os vários outros valores garantidos pela Constituição. Nessa linha, então, não haveria por que excluir de tal balanceamento ou análise de proporcionalidade, os princípios processuais penais, entre os quais se incluem diversas garantias dos acusados. BADARÓ, G. H. op. cit., p. -RB-1.13.*

tratamento mais benéfico aquele que reconhece espontaneamente a prática delitiva, encurtando o trâmite da persecução penal e gerando menos morosidade e, assim, uma ampla economia, tanto financeira por parte do estado como processual<sup>215</sup>.

Neste ponto é importante ressaltar que o cerne da questão sobre a eventual violação do princípio apontado, reside em saber se quando da confissão realizada há consentimento livre e informado. Em outras palavras, reside saber se há voluntariedade na decisão de confessar para fazer jus ao benefício do firmamento do ANPP. Se assim o for, não haverá, em absoluto, qualquer violação.

Importante se registrar também que em caso de não homologação do acordo firmado, seja por qualquer motivo, a confissão feita não poderá ser utilizada contra o réu em eventual denúncia criminal a ser formulada, havendo esta hipótese apenas no caso de descumprimento do acordo firmado e não honrado.

Tal medida é aconselhada diante da boa-fé processual e da moralidade administrativa, aplicáveis aos membros do Ministério Público, no sentido de não prejudicar o réu por uma confissão necessária a formação de um negócio jurídico que não se concretizou<sup>216</sup>.

Por fim, também é oportuno registrar que na linha do que foi recentemente decidido pelo STF em julgamento de repercussão geral, firmou-se a tese de que não há inconstitucionalidade no tipo penal do art. 305 do código de Trânsito Brasileiro, asseverando-se que há a possibilidade de flexibilização do princípio da não autoincriminação, a partir de uma interpretação sistemática dos princípios regentes do ordenamento jurídico pátrio, senão vejamos:

A relativização da máxima *nemo tenetur se detegere* verificada in casu é admissível, uma vez que atende às duas premissas fundamentais acima estabelecidas.(a) A uma porque não afeta o núcleo irredutível da garantia enquanto direito fundamental, qual seja, jamais obrigar o investigado ou réu a agir ativamente na produção de prova contra si próprio. É que o tipo penal do art. 305 do CTB visa a obrigar que o agente permaneça no local do acidente de trânsito até a chegada da autoridade competente que, depois de

215“O sistema também é consequência da constatação de que, apesar de leis mais severas, os americanos também possuem interesse em formas de atenuação delas. Igualmente, há a necessidade de conciliação entre os custos dos *full trials* e a vontade do povo em pagar menos impostos, com o que se pode concluir que o *plea bargaining* é a plena demonstração de uma discricionariedade legal que serve para fins almejados pela sociedade.” BRANDALISE, R. S. p. 69-70.

216“É importante frisar, porém, que essa confissão formal e circunstanciada somente poderá ser utilizada no processo penal, caso seja o acordo homologado e caso exista o descumprimento do acordo, levando o Ministério Público a oferecer denúncia. Na hipótese de o acordo não ser homologado, volta-se ao status quo ante, não sendo possível, por força do princípio da lealdade e da moralidade administrativa, o seu uso em prejuízo do investigado.” CABRAL, R. L. F. **Manual do Acordo de Não persecução Penal**. Salvador: Editora Juspodivum. 2020.p. 113.

identificar os envolvidos no sinistro, irá proceder ao devido registro da ocorrência. Ocorre que a exigência de permanência no local do acidente e de identificação perante a autoridade de trânsito não obriga o condutor a assumir expressamente eventual responsabilidade cível ou penal pelo sinistro e nem, tampouco, ensejará que contra ele seja aplicada qualquer penalidade caso não o faça;(b) A duas porque, em um exercício de ponderação, a referida flexibilização possibilita a efetivação em maior medida de outros princípios fundamentais com relação aos quais colide no plano concreto, sem que, ademais, acarrete qualquer violação à dignidade da pessoa humana. O legislador pode conferir preponderância a princípios outros igualmente caros à sociedade, mas cuja efetivação é qualificada como mais necessária no contexto da conduta analisada, tais como a higidez da Administração da Justiça e a efetividade da persecução penal, em detrimento da valoração absoluta da não incriminação. O princípio da proporcionalidade, in casu, assume relevância não apenas como instrumento de harmonização dos valores em conflito, como também elemento de avaliação da legítima opção do legislador de fazer preponderar, no conflito específico analisado, os bens jurídicos tutelados pela norma penal. É, no caso, legítima a referida opção porque adequada, necessária e proporcional à preservação dos aludidos bens jurídicos”. RE 971959. Relator. Min. Luiz Fux, Publicado em 31/07/2020<sup>217</sup>.

Diante de todo o exposto, não se pode encontrar dentro do panorama jurídico brasileiro qualquer violação ao princípio da não autoincriminação pelo ANPP pois: a) o ANPP estabelece uma contrapartida para aquele investigado que espontaneamente confessa a prática do fato criminoso e cumpre os demais requisitos previstos na lei, sendo que a prática de estabelecer uma forma de recompensa pela assunção de culpa não é novidade em nosso sistema jurídico não havendo qualquer inconstitucionalidade quanto a isso; b) a confissão é uma opção dada ao investigado, dentro do seu âmbito do seu livre arbítrio e de sua liberdade individual, tendo junto com a garantia de defensor técnico, a garantia de analisar as provas produzidas no procedimento investigatório e avaliar qual o melhor caminho a seguir; c) a legislação assegurou cautelas para que tal ato não fosse firmado sem qualquer embasamento fático, evitando-se a confissão por conveniência desprovido de demais elementos que apontem a autoria delitiva; d) o estabelecimento de um benefício em favor de um investigado que assume posição menos reprovável não é inconstitucional, sendo plenamente possível o estabelecimento de recompensas legais em tais casos, até mesmo como corolário de uma política de individualização delitiva; e) é possível, em um juízo de proporcionalidade, valorar o princípio da não

---

217Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4985877&numeroProcesso=971959&classeProcesso=RE&numeroTema=907>. Acesso em 03 out. 2020.

autoincriminação de forma sistemática para compatibilizá-lo com outros princípios que expressem valores importantes para a sociedade.

### 3.4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DE UMA POLÍTICA DE PERSECUÇÃO PENAL ADOTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Analizamos em um primeiro momento do presente trabalho o instituto do ANPP em si, sua forma de inserção no sistema jurídico brasileiro através de Resolução do CNMP, com posterior advento de lei que alterou o art. 28-A do CPP, sua natureza jurídica, seus requisitos objetivos e subjetivos, as consequências dele advindas quando do seu firmamento.

Também verificamos se o ANPP se encaixa em um conceito material de Justiça, de um ponto de vista da filosofia política e também sua recorrente caracterização como instituto utilitarista.

Passamos por fim, a analisar o ANPP de acordo com os princípios constitucionais que poderiam ser por ele violados, em especial ligados a direitos e garantias fundamentais, para sacramentar sua constitucionalidade e não violação de qualquer destes princípios.

De todo o exposto, chegamos ao ponto nevrálgico do presente trabalho, no sentido de demonstrar que o ANPP da forma como posta na legislação pátria, além de satisfazer um ideal de justiça material, ser instituto constitucional por não violar qualquer norma, princípio ou garantia inerente aos direitos fundamentais, é também um meio efetivo de concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse ponto, é oportuno registrar que os direitos fundamentais cumprem uma função de direitos de defesa dos cidadãos, que pode ser avaliada em duas perspectivas.

A primeira no sentido de estabelecerem um conjunto de normas de conteúdo negativo (não fazer) para os governantes através do Estado, limitando a ingerência deste na esfera individual das pessoas quando das ações de governo.

Já a segunda se traduz num conceito positivo, no sentido de facultar a possibilidade de exercício efetivo destes direitos e de se exigir o cumprimento dos mesmos pelo poder público e de adoção por estes últimos de medidas

administrativas e legais que possibilitem a concretização desses direitos fundamentais<sup>218</sup>.

Neste segundo ponto é que se revela a importância da criação do instituto do ANPP junto ao sistema jurídico brasileiro, em especial no sistema de Justiça criminal.

Em uma realidade onde os processos são inegavelmente morosos e que muitas vezes se perpetuam por anos<sup>219</sup> sem a chegada de seu deslinde final com uma condenação ou absolvição dos envolvidos, é inegável que um instituto que, em crimes mais leves, e cumpridas condições que tem por objetivo a reparação ou minoração do dano e das consequências delitivas causadas, representa um avanço na satisfação da Justiça.

É de se salientar que a morosidade pode ser vista como uma situação violadora até mesmo da garantia da presunção de inocência, na medida em que há inegavelmente interesse de um inocente eventualmente acusado que a controvérsia sobre a sua culpa ou não chegue logo ao fim. O prolongamento de um processo criminal contra si traz sofrimento à pessoa que é acusada, afetando sua vida pessoal, profissional, tranquilidade e, em último aspecto, a paz social. Tal situação é denominada no direito norte-americano como direito ao *speedy criminal trial*,<sup>220</sup> sendo também uma garantia de eventual acusado.

Assim, a questão da celeridade processual se revela especial importância como meio de concretização da Justiça junto aos processos criminais. Essa celeridade pode ser avaliada em duas perspectivas a partir dos meios de maximizá-

218“O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos humanos fundamentais, do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado. Assim, os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho, "a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: 1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; 2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)". MORAES, A. op. cit., p. 09.

219 O relatório “Justiça em Números 2019” do CNJ, demonstra que o tempo médio de duração de um processo perante a Justiça Estadual até a sua efetiva baixa é de 7 anos e 6 meses. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). p. 150. Acesso em 28-09-2020.

220“Diz-se isso pelo fato de que a celeridade processual também é decorrência da presunção de inocência. O processo que tarda determina um sofrimento desnecessário ao arguido, compromete a vida pessoal e profissional dele, bem como sua liberdade e a própria paz social [...] Pela doutrina americana, é chamado de direito ao *speedy criminal trial*, que se confronta com a extensão do atraso processual (aferida a partir do momento em que o processo teve início ou da prisão do acusado, conforme o que acontecer primeiro, com suas razões (em regra, vistas a partir do momento em que a acusação proporcional que tal aconteça”. BRANDALISE, R. S. op. cit., p. 31-33.

la. A primeira é de forma horizontal, onde se inserem os meios de consenso dentro do processo. A segunda é de forma vertical, onde atuam as formas de supressão de fases, de recursos, dentro de um processo já instaurado<sup>221</sup>.

Nesta perspectiva o ANPP se apresenta como importante instrumento de efetivação do princípio da celeridade em sua faceta horizontal, sendo um meio de atingir uma espécie de consenso em uma investigação, evitando-se que se chegue à formação de um processo judicial que demande uma quase sempre demorada instrução processual.

Mas a concretização de direitos fundamentais não se limita ao aspecto da celeridade. Esta possibilidade de dialogar estabelecida entre os agentes estatais encarregados de proceder a persecução penal e os investigados estabelece uma ponte entre a sociedade e os órgãos públicos, facilitando a comunicação desfazendo a intangibilidade da figura do investigado, que passa a ser ouvido e posto em uma situação de negociação sobre o deslinde da persecução<sup>222</sup>.

Tal forma dialogal favorece até mesmos aspectos de política criminal dentro da almejada prevenção penal, na medida em que, sendo o acordo encarado como uma adequação da realidade penal que enseja adaptações e evoluções, seu instituto possibilita uma maior aceitação da norma e de seus desdobramentos pela população como um todo, fato este que tem o condão de potencializar a política criminal, tornando-a mais efetiva, e induzindo a uma menor reiteração delitiva<sup>223</sup>.

Nessa linha de raciocínio, pode-se entender que o interesse público é confirmado quando da celebração de um ANPP, pois os meios de consenso estão presentes como forma de atenuar comportamentos que possam levar a novas

---

221“Necessário dizer que a celeridade processual apresenta-se em duas formas, quais sejam, na sua horizontalidade (formas de consenso) e na sua verticalidade (com a supressão de fases, a partir dos procedimentos possíveis), até como um imperativo de produção e de eficiência que são inerentes à própria justiça, dado que a descriminalização da conduta tem limitação social”. Ibidem, p. 36.

222“Em primeiro lugar, e na formulação de Figueiredo Dias, a tese segundo a qual “a tentativa de consenso deve ser levada tão longe quanto possível, pra o que importa melhorar sensivelmente as estruturas de comunicação entre os sujeitos e as diferentes formas processuais. Hoje não se compreenderia, nem se aceitaria uma decisão que aparecesse como epifania inefável de graça do juiz, à margem de toda a intervenção conformadora e legitimadora dos demais sujeitos processuais. Na formulação de Schreiber, o tribunal não pode manter-se inacessível como Júpiter e treveja oculto atrás das nuvens, antes tem de se orientar também para o acusado, o seu ponto de vista sobre as coisas, as tensões e as controvérsias do processo”. ANDRADE, M. C.. Consenso e Oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). In: **O Novo Código do Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 326

223 BRANDALISE, R. S. op. cit., p. 168

práticas delitivas. E, além disso, representa uma postura de um novo modelo<sup>224</sup> de interação dentro da seara penal e processual penal na concretização do consenso, em paralelo a lógica do conflito, que tem o condão de ter efeitos mais positivos socialmente<sup>225</sup>.

Não por outro motivo, tem-se até mesmo apontado que a tendência do consenso na justiça criminal é um fenômeno derivado de uma política de redução do direito penal (tendência ao direito penal mínimo<sup>226</sup>) que deixa condutas menos graves em um segundo patamar no tocante a persecução penal que, em que pese não serem descriminalizadas, podem ser solucionadas de uma maneira mais efetiva, e menos danosa para a sociedade como um todo, especialmente em comparação com um processo custoso, longo, e que muitas vezes sequer chega a uma decisão almejada pelo agente do Ministério Público<sup>227</sup>.

Neste ponto, é importante destacar que as medidas impostas em um ANPP são alternativas, não se enquadrando em um conceito de pena dentro do âmbito do direito penal, como visto no presente trabalho, sendo inegavelmente mais brandas que uma eventual condenação criminal. Tal situação demonstra essa tendência despenalizadora aplicável a delitos mais leves, havendo por essência um equilíbrio

224“A renovação das fontes de legitimidade do Estado é, então, buscada na sua capacidade em promover o desenvolvimento industrial e o crescimento econômico, vistos como padrão necessário e suficiente para o desempenho de cada Estado, e na garantia da efetividade dos mecanismos formais de controle social para a manutenção da ordem, justificando com isso deslocamentos na linha Estado/sociedade civil (Poggi, 1981, p. 140). A busca de prosperidade interna, como um fim em si mesmo, e a manutenção da ordem pública, tornam-se as principais justificações para a existência do Estado, e a sua fonte de legitimidade, sobrepondo-se à racionalidade jurídico-legal”. AZEVEDO, R. G. Conciliar ou Punir? - Dilemas do Controle Penal na época Contemporânea. In: CARVALHO, S.; WUNDERLICH, A. (Orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogal** \_ teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2002. p. 57/58.

225“A contraposição entre um espaço de consenso e um espaço de conflito não deve compreender-se tanto no sentido material ou como que topográfico da existência de fases ou formas processuais estanques e à partida (exclusivamente) pré-ordenadas para a realização do conflito ou do consenso. A distinção tem mais a ver com a postura ou atitude espiritual e cultural dos diferentes sujeitos processuais, com os modelos de interação bem como o compromisso e o empenhamento intersubjectivos no que toca ao out-put do processo”. ANDRADE, M. C. Consenso e Oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). In: **O Novo Código do Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 335

226“A premissa neoliberal de Estado mínimo também se reflete no campo processual, na medida em que a intervenção jurisdicional também deve ser mínima (na justiça negociada o Estado se afasta do conflito), tanto no fator tempo (duração do processo), como também na ausência de um comprometimento maior por parte do julgador, que passa a desempenhar um papel meramente burocrático. Cumpre destacar, ainda, que vivemos numa sociedade regida pela velocidade. A informação é passada em tempo real via internet. O fato, ocorrido no outro lado do mundo, pode ser presenciado virtualmente em tempo real. A velocidade faz com que não exista mais espaço temporal entre o fato e a notícia”. LOPES JÚNIOR., A. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antigarantista. In: CARVALHO, S.; WUNDERLICH, A. (Orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2002. p. 61.

entre o fato cometido e as medidas impostas em sede do acordo firmado<sup>228</sup>, o que demonstra que o ANPP se apresenta como uma medida muito menos gravosa para todos os envolvidos no âmbito da persecução penal, e para a sociedade como um todo por representar uma economia material e processual.

Também é de se registrar que, embora o ANPP seja um instituto recente em nosso sistema jurídico, já na década de 90, mais precisamente no ano de 1990, a Assembleia Geral das Nações Unidas editou a Resolução n. 45/110<sup>229</sup>, conhecida como Regras de Tóquio, a qual já previa a adoção de medidas consensuadas a serem tomadas antes do início da persecução em juízo, como medida de atualização dos sistemas penais dos países. Nesse sentido, assim dispõe:

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.

---

227“Com efeito, no plano penal avança o desejável movimento de intervenção mínima, pelo qual o legislador redefine os casos hipotéticos que justificam a intervenção penal, reconhecendo a gravidade das conseqüências geradas pela imposição das sanções criminais. Em vista disso, tem vingado o movimento de descriminalização de comportamentos que, apesar de continuarem a ser considerados ilícitos, perdem o *status* de ilícitos penais, possibilitando o emprego de outras forças jurídicas para solucionar as controvérsias que geram, novas energias de um modo geral dotadas de menor poder para estigmatizar”. PRADO, G. *Justiça Penal Consensual*. In: CARVALHO, S.; WUNDERLICH, A. (Orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2002. p. 61.

228“*No obstante, esta despenalización no puede tener un sentido absoluto, teniéndole que marcar un límite, señalado por RUIZ VADILLO: la búsqueda del equilibrio justo entre comportamiento, delincuentes y penas, sin olvidar jamás a la víctima, entendida en sentido amplio. Además, esta opción despenalizadora podría ser complementada por la previsión de medidas sustitutivas de las penas de libertad de corta duración (como pueden ser los trabajos sociales en favor de la comunidad; el arresto de fin de semana; la indemnización a las víctimas: la remisión condicional y los sistemas de prueba, que bien suspenden el pronunciamiento de la condena (probation) o bien la ejecución de la pena al autor de un delito que haya cumplido una serie de obligaciones previstas legalmente o impuestas por un Juez durante un determinado periodo de tiempo*”. GARCIA, N. R. **El Consenso En El Proceso Penal Español**. Barcelona: José Maria Bosch Editor. 1997. p. 53.54.

229BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Tóquio**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. LANFREDI, L. G. S. (Coord.). Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em 20 jul. 2020.

Tal resolução evidencia o fenômeno global da adoção de medidas consensuadas no âmbito do direito criminal e, embora o referido normativo não possua caráter de norma vinculante, é certo que possui o *status* do que se denomina “*soft law*”, no sentido de ser uma diretriz a ser adotada pelo país, e em caso de evidente descumprimento tem o condão de causar algum constrangimento no âmbito internacional ao Estado brasileiro<sup>230</sup>.

Por outra banda, também não é de se esquecer que nem sempre o exercício do *full trial* (julgamento da ação por um juiz com a formação completa do processo) representa um ideal efetivo de justiça e certeza de acerto. Afastadas as possibilidades de negociação, não há qualquer certeza que uma decisão judicial esteja desprovida de erros ou injustiças.

Neste ponto, é importante rememorar a teoria do processo como situação jurídica de James Goldschmidt, que retrata o processo como um conjunto de situações nas quais as partes estão inseridas e caminham no sentido de obterem uma sentença, sendo esta trajetória repleta de incertezas, tanto quanto ao resultado, quanto à justiça da decisão que será prolatada<sup>231</sup>.

Assim, o risco de injustiças que se argumenta que pode haver na formação de um ANPP também é presente quando do julgamento de um processo instaurado e instruído, não podendo ser descartada tal constatação.

Nessa linha, pode-se até mesmo apontar que há o surgimento de injustiças em um sistema jurídico sem a possibilidade de medidas consensuadas como o ANPP. A necessidade de se dar vazão a todas as medidas judicializadas geram inegáveis efeitos no sistema de Justiça criminal, dada a morosidade processual, o acúmulo e o grande volume de serviço junto as órgãos do judiciário.

O primeiro destes efeitos é o descumprimento pelo Estado do seu dever de tutela jurídica, não dando respostas adequadas e em tempo às demandas a ele

---

230“Ainda que a resolução da Onu não consubstanciasse norma vinculante, é certo que essa recomendação tem força de *soft law*, no sentido de impor um constrangimento ao Brasil, para a implementação de tais medidas, o que somente reforça o acerto do legislador na ampliação do nosso sistema de acordo, relativamente aos delitos de pequena e média gravidade”. CABRAL, R. L. F. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. Salvador: Editora Juspodivum. 2020.p. 39

231“A expectativa de uma sentença favorável ou a perspectiva de uma sentença desfavorável está sempre pendente do aproveitamento das chances e liberação da carga. Em nenhum momento tem-se a certeza de que a sentença será procedente. A acusação e a defesa podem ser verdadeiras ou não; uma testemunha pode ou não dizer a verdade, assim como a decisão pode ser acertada ou não (justa ou injusta), o que evidencia sobremaneira o risco no processo”. LOPES JR., Aury. *Direito Processo Penal - 17ª Edição 2020*. Editora Saraiva. Edição do Kindle. p. 53.

trazidas, o que gera um sentimento de insegurança e injustiça em toda a sociedade, o que traz a tona ideias totalitárias como justificações e adoção de penas capitais.

De outro lado, também um sistema de justiça assoberbado e lento tem o potencial de produzir decisões materialmente injustas, uma vez que não há como se vencer a análise perfunctória e detalhada de todos os casos que são trazidos ao Judiciário de maneira a se assegurar toda a atenção que muitos casos um pouco mais complexos exigem.

Além disso, um judiciário abarrotado de persecuções judicializadas representa também um maior atraso no julgamento de processos em que muitas vezes o acusado acaba sendo absolvido. Uma vez reconhecido como inocente, a demora excessiva de um processo representa um claro constrangimento ao cidadão, que por longo período tem que conviver com o temor de uma condenação, afetando a sua vida, social, profissional e paz interna.

Sob o outro viés, uma condenação quando demasiadamente distante temporal do fato praticado pode também não ser vista como algo necessariamente justo, uma vez que é possível que o réu já esteja em outro momento da sua vida em que aquela condenação lhe representa um retrocesso imenso a nível social. Pode acontecer também de o injusto cometido não possuir mais relevância para eventuais vítimas, como é no caso de delitos patrimoniais de pequeno valor<sup>232</sup>.

Neste ponto que se sobressai a importância do ANPP como medida a ser implementada pelo Ministério Público como meio de concretização de uma política criminal que vise a maximização dos resultados dentro da Justiça Criminal<sup>233</sup> e, assim, consolide-se como uma medida de concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Sendo o Ministério Público titular das ações penais públicas, as ações tomadas pelos seus órgãos de execução inegavelmente vão afetar a política penal adotada. Uma vez que se busque meios mais céleres e efetivos de concretizar medidas que obedeçam a um juízo mínimo de consecução de resultados positivos para a sociedade, como no enfoque em delitos mais graves e despendo de tempo e

---

<sup>232</sup>“Além de tudo isso, o maior atraso na tramitação processual de um réu inocente prolonga desnecessariamente o tempo em que fica submetido a um processo penal ou mesmo à prisão cautelar. Da mesma forma, uma sentença condenatória tardia, ainda que justa, pode alcançar o acusado em momento de sua vida em que, eventualmente já superou a turbulências da época em que praticou o delito, podendo arrastá-lo para prisão, por exemplo, muitos anos depois da prática do crime, quando já estava com a vida estabilizada e família constituída, inclusive com filhos”. CABRAL, R. L. F. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. Salvador: Editora Juspodivum. 2020.p. 51.

verba pública e tais esforços, e deixando os de menor gravidade serem findados com medidas consensuadas ainda na fase persecutória, haverá grande probabilidade de se atingir e concretizar os vários princípios e garantias abordadas no presente trabalho. Garantias essas que, por sua vez, muitas vezes não são cumpridas diante de um Poder Judiciário assoberbado e que muito pouco racionaliza seus esforços.

Nas palavras do professor Busato:

Assim que as eleições de diretrizes político-criminais referentes à atuação do Ministério Público têm necessariamente grande influência nos rumos que seguirá o Direito penal brasileiro, tanto no estudo da dogmática, da política criminal como no desenvolvimento de uma necessária linguagem própria que corresponda aos objetivos visados pelo Estado com a aplicação das consequências jurídicas do delito. Não tenho qualquer dúvida de que cada Promotor de Justiça, em sua atuação político-criminal cotidiana, onde decide a respeito dos rumos interpretativos de cada impulso da Justiça Criminal, traz a lume os pontos que vão ser objeto de discussão técnico jurídica. Vivemos em um momento de superação de um modelo de sistema jurídico penal encerrado em grades ontológicas, para a passagem a um Direito penal "vivo", que tem em conta sua capacidade de dar uma adequada resposta social ao problema da criminalidade (sua funcionalidade). Assim que é muito importante que o Ministério Público esteja consciente do papel determinante que exerce na evolução do desenvolvimento dogmático do Direito penal brasileiro, dado que suas opções político-criminais representam um papel de verdadeiro "filtro" das questões que doravante tendem a ser postas em discussão<sup>234</sup>.

Nessa linha, a política criminal pode ser vista como a sistematização de princípios e normas através dos quais o Estado se utiliza para a prevenção e repressão das infrações penais. Também pode ser vista, em um sentido mais abrangente, como o emprego de métodos na execução das penas e das medidas de

---

233Nesse ponto, importantes as críticas de René Ariel Dotti sobre os efeitos deletérios de uma Política Criminal desorganizada e que foque seus esforços apenas na repressão: "No campo da administração da justiça penal os seus operadores estão sofrendo a amarga experiência da inflação legislativa, responsável por um tipo de direito penal do terror que, ao contrário de seu modelo antigo, não se caracteriza pelas intervenções na consciência e na alma das pessoas, tendo à frente as bandeiras do preconceito ideológico e da intolerância religiosa. Ele se destaca, atualmente, em duas perspectivas bem definidas: a massificação da responsabilidade criminal e a erosão do sistema positivo. A primeira, fomenta o justicamento social determinado pelos padrões sensacionalistas da mídia que subverte o princípio da presunção de inocência e alimenta a fogueira da suspeita que é a justiça das paixões, consagrando a responsabilidade objetiva; a segunda, anarquiza os meios e métodos de controle da violência e da criminalidade, estimula o discurso político e revela a ausência de uma Política Criminal em nível de Governo federal". DOTTI, R. A. A **Crise do sistema Penitenciário**, 30 out. 2003. Disponível em: [https://www.academia.edu/23084918/Ren%C3%A9\\_Ariel\\_Dotti\\_A\\_CRISE\\_DO\\_SISTEMA\\_PENITENCI%C3%81RIO?auto=download](https://www.academia.edu/23084918/Ren%C3%A9_Ariel_Dotti_A_CRISE_DO_SISTEMA_PENITENCI%C3%81RIO?auto=download). Acesso em 20 jul. 2020.

234BUSATO, P. C.. O papel do Ministério Público no futuro do direito brasileiro. **Revista de estudos criminais**, v. 2. n. 5, 2002, p.105-124.

segurança, em uma segunda fase, já na execução das penas aplicadas. Nessa perspectiva, o sistema de Justiça criminal é a efetivação da política criminal dentro das políticas ocorridas junto ao poder judiciário e órgãos de persecução (Ministério Público, polícia Judiciária) na implementação da política criminal.<sup>235</sup>

Deste modo, tem especial importância as formas de atuação dos agentes do Ministério Público na implementação da política criminal de um Estado, na medida em que, como titular da ação penal, é o destinatário último dos meios de prova produzidos durante uma persecução penal. A partir do recebimento dos meios de prova e de sua valoração, é possível se pensar no ANPP como uma alternativa para a evolução da política criminal disposto pelos membros do Ministério Público, que poderão selecionar aquelas condutas, dentro dos parâmetros legais, que possuem maior importância para a otimização da persecução e em última análise da política criminal<sup>236</sup>.

Sobre esse raciocínio, pontua Cabral:

Desse modo, a natureza jurídica do acordo de não persecução penal é caracterizada por um negócio jurídico que consubstancia a política criminal do titular da ação penal pública na persecução dos delitos. No acordo de não persecução penal há um consenso, um acordo de vontades, em que o investigado voluntariamente concorda em prestar serviços à comunidade ou pagar prestação pecuniária (ou cumprir outro requisito previsto na Lei), em troca do compromisso do Ministério Público de não promover a ação penal e de pugnar pela extinção da punibilidade, caso a avença seja integralmente cumprida<sup>237</sup>.

---

235“O sistema penal está inserido no contexto de um sistema jurídico que, na linguagem muito expressiva de Pontes de Miranda, é um sistema lógico, composto de proposições que se referem a situações da vida criadas pelos mais diversos interesses (Tratado, Prefácio, p. V). Em um sentido mais amplo, o sistema penal pode ser entendido como o controle social punitivo institucionalizado, reunindo as atividades do legislador, do poder público, da polícia, dos juizes e funcionários e da execução penal (Zaffaroni e Pierangelli, Manual, p. 70). [...] A ideia de sistema, como um conjunto ordenado de elementos, exige a reunião de disciplinas tendo como objeto a investigação do delinquente, do delito e das reações penais, através de métodos e critérios próprios. Tais elementos mantêm uma afinidade quanto aos objetivos de prevenção e repressão da criminalidade, apesar das particularidades científicas que os distinguem. Acerca da necessidade de se construir um sistema, Zaffaroni-Batista observam que o Direito Penal “deve programar o exercício do poder jurídico como um dique que contenha o estado de polícia, impedindo que afogue o estado de direito”. DOTTI, R. A. **Curso de direito penal**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. E-book. p. RB1.1.

236“A barganha é uma alternativa para resolver o problema causado pelo número excessivo de casos no Brasil, e não para ampliar o raio de ação do Direito Penal”. SOUZA, M. **Plea Bargaining no Brasil – O Processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. Salvador. Editora JusPodvm. 2019. p. 198-199.

237CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não persecução Penal**. Salvador: Editora Juspodivum. 2020.p. 84.

Assim, perante o titular da ação penal, uma vez preenchidos os requisitos legais, não haverá mais interesse processual para o titular da ação penal dar início a uma lide criminal. A pretensão estatal restará exaurida com o seu firmamento, havendo, para além do encerramento de um conflito que se deixa de levar ao Poder judiciário, a pacificação social que pode ser vista sob duas perspectivas<sup>238</sup>.

A primeira concerne ao investigado, que deixará que assumir a figura de réu em um processo penal que o trará inúmeras consequências e repercussões, desde problemas de exercício da cidadania, como a assunção em cargo público ou emprego privado que muitas vezes exigem certidões negativas, até na questão da sua paz social, vez que permanentemente assombrado com a possibilidade de sofrer graves sanções estatais.

A segunda, no ponto de vista social, concerne aos asoberbados fóruns de nosso país, onde deixa de chegar um processo que exigiria tempo de inúmeros funcionários da Justiça e verba pública para a sua movimentação do mesmo<sup>239</sup>.

Nesta linha de raciocínio, pode-se até mesmo fazer um paralelo do ANPP com as modernas práticas restaurativas implementadas pelo Judiciário, que buscam evitar o surgimento de conflitos judicializados ou, quando estes já são existentes, uma composição consensual da lide<sup>240</sup>.

O ANPP também representa um novo olhar no direito processual penal para a figura do investigado, que passa a ter outra roupagem dentro da persecução. Se outrora era apenas o objeto da investigação, com o fito de reunir elementos de que teria praticado alguma infração penal e comprovar cabalmente a sua autoria, agora o investigado passa a ser ouvido sobre a forma do deslinde desta investigação, sendo,

---

238“O acordo de não persecução, formalizado e cumprido materializa a oportunidade no exercício da ação penal consistente na aferição de que o exercício da ação penal nesse caso concreto não mais detém o necessário interesse processual. Afinal, quando se visualiza o conteúdo do acordo de não persecução penal, tem-se hipótese em que a ação penal não se justifica, seja porque a pretensão estatal foi atendida em campo extrapenal (o investigado foi responsabilizado pelo fato noticiado), seja porque o interesse social relevante já foi satisfeito (dano reparado, efeitos equivalentes aos decorrentes genericamente de uma condenação atendidos)”. SUXBERGER, A. H. G. op. cit., p. 110.

239“La necesidad de “simplificar” el proceso penal mixto, o inquisitivo reformado viene fundamentada en que el mismo no puede dar respuesta, al menos no en tiempo oportuno, a la cantidad de causas que resulta necesario atender. Es para lograr estos objetivos que se intenta regular un procedimiento de imposición de condenas más sencillo.” ANITUA, Gabriel I. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 1, p. 43-65, 2015. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.3>

240“O acordo de não-persecução tem íntima identidade com uma prática restaurativa, no que tange ao consenso, à consideração dos interesses de ofendido e ofensor e à resolução extrajudicial do conflito. Assemelha-se também a uma composição civil que faz desaparecer o interesse de agir para a persecução penal”. ARAS, V. op. cit., p. 329.

portanto um sujeito ativo no tocante ao deslinde final do procedimento. Tal paradigma sem dúvida representa um novo olhar na persecução penal que atende de forma muito mais clara a dignidade da pessoa humana<sup>241</sup>.

Esta situação é mais uma evidência de que o ANPP é um meio efetivo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais e guarda especial ligação com a dignidade da pessoa humana.

Sobre esse novo paradigma da pessoa como sujeito de direito, e não objeto, e de especial proteção no âmbito no processo penal, tem-se nesse cenário especial vinculação com a razoável duração do processo. Nessa perspectiva, bem pontua Sarlet:

[...] Além disso – na mesma decisão – invocou-se a doutrina alemã, no caso, do festejado comentarista da Lei Fundamental da Alemanha, Günther Dürig, advogando que “a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (“rechtliches Gehör”) e fere o princípio da dignidade da pessoa humana”. Com isso, à evidência, não se está a advogar que toda e qualquer regra procedimental guarde relação com a dignidade da pessoa humana, mas sim, que ela implica, por meio da adequada interpretação dos direitos e garantias fundamentais, a consideração do indivíduo como sujeito e não mero objeto do processo, além de demonstrar que os principais direitos e garantias processuais tem um conteúdo em dignidade e nela encontram o seu fundamento e sua justificação, o que deve ser devidamente levado em conta quando da resolução de conflitos com outros direitos fundamentais e por ocasião do exame da constitucionalidade de medidas restritivas<sup>242</sup>.

Por todo o exposto não se pode chegar a outra conclusão senão a de reconhecer o ANPP como um meio efetivo de concretização de direitos fundamentais<sup>243</sup>, que, embora necessite de constante aprimoramento e atenção por parte dos seus participantes, tal qual exposto no presente trabalho para que não se dê azo a injustiças em prol da celeridade e de um pragmatismo voltado exclusivamente em resultados, deve ser utilizado e aprimorado para cada vez mais

---

241“Mediante um olhar para o direito comparado, mais uma vez se revelam dignos de nota os desenvolvimentos no âmbito da doutrina e jurisprudência constitucional da Alemanha. Com efeito, em decisão paradigmática proferida em 8 de janeiro de 1959, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sublinhou, em síntese apertada, que constitui exigência da dignidade da pessoa humana que o poder público não disponha de forma arbitrária dos direitos da pessoa, ou seja, de que o indivíduo, no âmbito do processo, não pode ser tratado como mero objeto da decisão judicial, mas sim, deve ter assegurada a possibilidade de, como sujeito, se manifestar e exercer influência na esfera do processo decisório”. SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: Na Constituição Federal de 1988. Livraria do Advogado Editora. Posição 3318. E-book.

242SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: Na Constituição Federal de 1988. Livraria do Advogado Editora. E-book. Posição 3318/3328.

proporcionar uma maximização de resultados positivos junto ao sistema de Justiça criminal, de maneira a cumprir com um conceito material de Justiça, entendido como aquele que cumpre com a missão constitucional de cumprimento aos direitos fundamentais e garantias dos cidadãos.

#### 4 CONCLUSÕES

O presente trabalho “Acordo de não persecução penal: do utilitarismo à concretização de direitos fundamentais” foi repartido em três capítulos seguindo a ordem lógica do título.

O primeiro foi destinado à conceituação e uma abordagem inicialmente geral e contextualizadora do instituto e da forma de surgimento no sistema jurídico brasileiro, e depois disso, uma análise mais atenta e detalhada sobre ele, com verificação de sua natureza jurídica e dos requisitos para o seu firmamento.

Após, destinou-se a análise da doutrina crítica ao instituto, que quase sempre o define como um meio utilitarista de tentar dar celeridade a persecução e em último caso, a resolução do problema de excessos e asoberbamento junto ao poder judiciário. Para tanto, tentou-se analisar se tais críticas possuem um fundamento, bem como se são acertadas quando se defrontam com uma análise da teoria ético normativa utilitarista.

Do que vimos, chega-se a conclusão que classificar o ANPP como utilitarista é tecnicamente impreciso, pois como teoria ética, o utilitarismo apenas classifica condutas e ações como justas ou injustas, na medida em que atendem a uma maior demanda pela concretização de prazeres/felicidades em detrimento de dores/sofrimento, sendo tecnicamente errônea adjetivar algo ou um meio como utilitarista. Conclui-se que o mesmo pode ser visto muito mais como instituto com

---

243“O sentido clássico dos direitos fundamentais repousa no fato de que eles asseguram determinado acervo de bens jurídicos e de ações das pessoas, contra violações estatais. A sua ideia nuclear originária é que o Estado deve deixar o cidadão em paz. Como parte integrante das determinações constitucionais os direitos fundamentais são normas jurídicas e, como tais, fundamentam pretensões de respeito oponíveis por seus titulares em face do seu destinatário, que é o Estado. A sua natureza diferenciada agrega a essa condição uma série de circunstâncias, que não necessariamente se fazem presentes nas demais normas jurídicas de caráter infraconstitucional. Essas circunstâncias fazem com que os direitos fundamentais devam ser investigados a partir de uma dogmática própria que lhes é peculiar”. DUQUE, M. S. **Curso de direitos fundamentais**: Teoria e Prática. E-book. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2014. cap. 01. p. 09.

viés mais pragmatista do que utilitarista, sendo aquela uma corrente filosófica que valora as ações de acordo com as consequências que dela decorrem.

Também analisamos se o ANPP pode possuir compatibilidade com um conceito de justiça material na forma como exposto na teoria da justiça de John Rawls, da justiça como equidade. Esta elaboração representa uma teoria muito mais fundada no respeito a garantias e liberdades individuais de toda a coletividade. Nela, em uma situação hipotética, os membros da sociedade, sob o manto do “véu da ignorância” (situação que os põe em um estado de desprovemento de valores egoísticos que priorizaria valores da justiça social) elegeriam os princípios fundamentais que devem reger uma sociedade.

Para um segundo momento, de posse de tais valores e princípios, uma fase constitucional surgiria, quando esses valores e princípios seriam definidos como garantias mensuradas no sistema jurídico daquela sociedade, incorporadas e que serviriam para a satisfação de um sistema e uma sociedade justa.

Avaliamos que em nosso sistema político/jurídico a satisfação deste ideal de Justiça se faria com a observância dos princípios, direitos e garantias fundamentais expressos em nossa Constituição da República, e que, para possuir um sentido de Justiça material, o ANPP deveria estar em consonância com ela.

A partir daí, no último capítulo do presente trabalho, analisou-se a compatibilidade do instituto com os principais princípios, e garantias fundamentais dos cidadãos relativas ao processo, em especial os apontados pela doutrina crítica como violados pelo ANPP, como a presunção de inocência, a paridade/igualdade de armas e o da não autoincriminação.

Feita uma análise perfunctória em relação a cada um destas garantias, conclui-se que o ANPP não é violador de nenhuma delas e possui compatibilidade com o sistema de justiça, principalmente por ser um instituto que se firma voluntariamente por um investigado no bojo de um procedimento pré-processual investigativo, no qual o esse, com a assistência jurídica de um advogado, compromete-se a realizar medidas alternativas e cumprir os demais requisitos nele estabelecidos, para que não haja o oferecimento de uma denúncia criminal e formação efetiva de um processo triangularizado.

Assentou-se que não há que se falar em possível desnível de forças entre as partes envolvidas, uma vez que deve-se sempre o investigado estar assistido por defensor e que o ANPP é uma forma de contrato, que deve portanto obedecer a

teoria geral das obrigações, exigindo-se vontade livre para o seu firmamento, condição sem a qual torna-se anulável.

Também se firmou que o ANPP não impõe medidas de caráter comparáveis a uma pena criminal, sendo em verdade instituto que propõe medidas alternativas de destinação social ao investigado, que não possuirá qualquer registro como condenado penal junto ao Poder Judiciário, não violando, portanto qualquer presunção de inocência do investigado.

Verificou-se a situação do requisito da exigência da confissão por parte do investigado como requisito necessário ao firmamento do ANPP e que esta condição não viola a presunção de inocência e o princípio da não autoincriminação, por ser uma opção voluntária dada ao investigado, exercida do âmbito da sua liberdade individual, sem que haja qualquer tipo de coerção. Além disso, bonificações dadas a acusados ou investigados em troca de colaboração junto ao processo penal são fenômenos antigos e que guardam compatibilidade com a Constituição Federal.

Por fim, firmou-se o conceito do ANPP como meio de concretização de direitos fundamentais exercido pelos agentes do Ministério Público, que, através da utilização deste meio de justiça consensuada, cumprem de forma efetiva e otimizada inúmeros princípios que dão azo a direitos e garantias fundamentais, tais como a da celeridade processual, da inafastabilidade do judiciário, que se demonstra com um julgamento contemporâneo da causa levada a sua análise, e concretizador de uma política criminal que tem tendência a seletividade, dando tratamento diferenciado a infrações penais de menor gravidade de um ponto de vista legal e materialmente considerado, fato que dá azo a canalização de esforços em um ambiente processual a delitos mais graves e quem possuem um anseio social muito maior para o esclarecimento e punição quando comprovados.

Assim, de todo o exposto, chegamos a conclusão que o ANPP, instituto relativamente recente no direito pátrio, é um instrumento promissor na concretização de direitos fundamentais a ser levado a cargo em especial pelos membros do Ministério Público, mas que deve sempre ser olhado de maneira crítica, tendo em vista o seu constante aprimoramento em respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado. O ANPP, contudo, neste primeiro momento, se apresenta como alternativa efetiva para diversas demandas sociais existentes, decorrentes de um sistema de Justiça criminal pouco efetivo, moroso, caro para a

sociedade como um todo, e que possui uma pecha de ser pouco efetivo com infrações penais mais graves.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ações Diretas de inconstitucionalidade em trâmite junto ao STF questionadoras da Resolução 181 do CNMP: Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359581>. Acesso em 20 fev. 2019.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. 2. ed. Malheiros Editores. 2015.

ALVES, J. C. Justiça Consensual e *plea bargaining*. In: **Acordo de Não Persecução Penal**. SANCHES CUNHA, Rogério (Org.) et al. Salvador: Juspodivum, 2017.

ALVES, J. C. Justiça Consensual e Plea Bargaining. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

ANDRADE, M. C. Consenso e Oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). In: **O Novo Código do Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1988.

ANITUA, Gabriel I. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, p. 43-65, 2015. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.3> . Acesso em 05-08-2020.

ARAS, V. Acordos Penais no Brasil: Uma análise à luz do Direito Comparado. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

ASSUNÇÃO, V. **Comentários à Lei 13.964/2019**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

AZEVEDO, D. T. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. In: *Doutrinas Essenciais - Processo Penal*. NUCCI, G. S.; MOURA, M. T. R. A. (Orgs.) 1. ed. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

AZEVEDO, R. G. Conciliar ou Punir? Dilemas do Controle Penal na época Contemporânea. In: CARVALHO, S.; WUNDERLICH, A. (Orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2002.

BADARÓ, G. H. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

BARROS, F. D.; ROMANUIC, J. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. São Paulo: Editora JH Mizuno, 2019.

BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BENTHAM, J. **Uma introdução aos princípios da Moral e da Legislação**. 2. ed. São Paulo. Abril, 1974.

BENTHAM, J. **Uma introdução aos princípios da Moral e da Legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os Pesadores).

BONELLA, Alcino Eduardo. Justiça como equidade e utilitarismo. Educação e filosofia, v.12, n.23, p.129-140, 1998. A tarefa prática da filosofia política em John Rawls. **Lua Nova**, São Paulo, n.25, p.5-24, 1992. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451992000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000100002&lng=en&nrm=iso). Acesso em 28 jan. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451992000100002>.

BRANDALISE, R. S. **Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade**. LANFREDI, L. G. S. (Coord.). Brasília: CNJ, 2016.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional Do Ministério Público. **Resolução Nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em 30 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição: República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em [https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/CON1988\\_05.10.1988/CON1988.asp](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.asp). Acesso em 20 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 20 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 20 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em 29 set. 2020.

\_\_\_\_\_**Lei Nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm). Acesso em 29 set. 2020

\_\_\_\_\_**Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em 29 set. 2020.

\_\_\_\_\_**Ministério Público Federal. Orientação conjunta nº 1/2018.** Acordos de colaboração premiada. 24 mai. 2018.

\_\_\_\_\_**Justiça em números 2019.** Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf) . Acesso em 27-09-2020.

BUSATO, P. C. O papel do Ministério Público no futuro do direito brasileiro. **Revista de estudos criminais**, v. 2. n. 5, 2002, p. 105-124.

CABRAL, R. L. F. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

\_\_\_\_\_**A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal.** In: **Acordo de não persecução penal**. BEM, L. S.; MARTINELLI, J. P. (Orgs.) 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido. 2020.

\_\_\_\_\_**Acordo de Não Persecução: É uma Boa Opção Político-Criminal Para o Brasil?** In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

\_\_\_\_\_**Acordo de Não Persecução: Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 1/17-CNMP), com as alterações da Resolução n. 183/18/CNMP.** In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R.; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

\_\_\_\_\_**Manual do Acordo de Não persecução Penal**. Salvador. Editora Juspodivum. 2020.

CAILLE, A. O princípio de razão, o utilitarismo e o antiutilitarismo. **Soc. estado.**, Brasília, v.16, n.1-2, p.26-56, 2001. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69922001000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922001000100003&lng=en&nrm=iso). Acesso 21 jan. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69922001000100003>.

Convenção americana sobre direitos humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

CUNHA, R.; SOUZA, R. A legalidade do Acordo de Não Persecução Penal: Uma Opção Legítima de Política Criminal. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 124.

CUSTÓDIO, R.; APOLINÁRIO, H. **Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público**. Disponível em: [https://www.academia.edu/34792185/N%C3%A3o\\_obrigatoriedade\\_e\\_acordo\\_penal\\_na\\_Resolu%C3%A7%C3%A3o\\_181\\_2017\\_do\\_Conselho\\_Nacional\\_do\\_Minist%C3%A9rio\\_P%C3%ABlico](https://www.academia.edu/34792185/N%C3%A3o_obrigatoriedade_e_acordo_penal_na_Resolu%C3%A7%C3%A3o_181_2017_do_Conselho_Nacional_do_Minist%C3%A9rio_P%C3%ABlico) Acesso em 22 fev. 2019.

DIAS, M. C. L. C. O direito e a ética em Bentham e Kant: uma comparação. **Trans/Form/Ação**, Marília, v.38, n.1, p.147-166, 2015. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-31732015000100147&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732015000100147&lng=en&nrm=iso). Acesso 22 jan. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31732015000100009>.

DOTTI, R. A. **A Crise do sistema Penitenciário**. 30 out. 2003. Disponível em: [https://www.academia.edu/23084918/Ren%C3%A9\\_Ariel\\_Dotti\\_A\\_CRISE\\_DO\\_SISTEMA\\_PENITENCI%C3%81RIO?auto=download](https://www.academia.edu/23084918/Ren%C3%A9_Ariel_Dotti_A_CRISE_DO_SISTEMA_PENITENCI%C3%81RIO?auto=download). Acesso em 20 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

\_\_\_\_\_. **Princípios do Processo Penal**. In: **Doutrinas Essenciais - Processo Penal**. NUCCI, G. S.; MOURA, M. T. R. A. (Orgs.) 1. ed. vol. 1. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2012.

DOWER, P. E. C.; SOUZA, R. Algumas Respostas Sobre o Acordo de Não Persecução Penal. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. fl. 135.

DUQUE, M. S. **Curso de direitos fundamentais: Teoria e Prática**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2014. E-book.

FERRAJOLI, L. **Democracia através dos direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução de: SOUZA, A. A. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. E-book.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. Presente y futuro de la mediación penal en el ordenamiento español: ¿cabe más incertidumbre?. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 33-72, jan.-abr. 2019. fl. 60. Disponível em: <https://orcid.org/0000-0002-7592-5142> . Acesso em 09-09-2020.

FILHO, A. M. G.; TORON, A. Z.; BADARÓ, G. H. (Coords.) **Código de processo penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.

GARCIA, B. Da Suspensão Condicional da Pena. In: **Execução Penal**. NUCCI, G. S.; MOURA, M. T. R. A. (Orgs.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 020. - (Coleção doutrinas essenciais - Processo Penal/ v.6).

GARCIA, N. R. **El Consenso En El Proceso Penal Español**. Barcelona: José Maria Bosch Editor. 1997.

GARGARELLA, R. **As teorias da Justiça Depois de Rawls**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2008.

GONDIM, E.; RODRIGUES, O. M. John Rawls e a justiça como equidade: algumas considerações. **Diversa**, ano I, n. 2, p.131-146, 2008. Disponível em: [http://leg.ufpi.br/subsiteFiles/parnaiba/arquivos/files/rd-ed2ano1\\_artigo08\\_Elnora\\_Gondim.PDF](http://leg.ufpi.br/subsiteFiles/parnaiba/arquivos/files/rd-ed2ano1_artigo08_Elnora_Gondim.PDF). Acesso em 20 fev. 2019.

GRINOVER, A. P. A defesa Penal e sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio da oportunidade. Relações entre juiz e Ministério Público – Seus limites. In: NUCCI, G. S.; MOURA, M. T. R. A. (Orgs.) **Doutrinas Essenciais - Processo Penal**. 1. ed. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

Grupo de trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos projetos de Lei nº 10.372, de 2018, nº 10.373, de 2018, e nº 882, de 2019. (Coordenadora: Deputada Margarete Coelho Relator: Deputado Capitão Augusto). Disponível em: “[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=FCAB0C149DE1B082D5ADD66DB99B9F39.proposicoesWebExterno2?codteor=1772332&filename=Tramitacao-PL+10372/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FCAB0C149DE1B082D5ADD66DB99B9F39.proposicoesWebExterno2?codteor=1772332&filename=Tramitacao-PL+10372/2018)”. Acesso em 15 abr. 2020.

KENNY, Anthony. **História Concisa da Filosofia Ocidental**. 1. ed.. Lisboa: Sociedade Industrial Gráfica, 1999.

LIMA, M. P. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 5. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIMA, R. B. **Pacote Anticrime**: Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo. Salvador: Editora JusPodvdm, 2020.

LOPES JÚNIOR., A. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antigarantista. In: CARVALHO, S.; WUNDERLICH, A. (Orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2002.

LOPES JÚNIOR, A. **Direito Processo Penal - 17ª Edição 2020**. Editora Saraiva. Edição do Kindle.

MALAN, D. R. Defesa Penal Efetiva. In: **Doutrinas Essenciais - Processo Penal**. NUCCI, G. S.; MOURA, M. T. R. A. (Orgs.) 1. ed. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARIN, S. R.; QUINTANA, A. M.; SANTOS, C. A. P. O espectador imparcial de Adam Smith e o observador ideal de John Rawls: Uma crítica à ética utilitarista. **Estud. Econ.**, São Paulo, v.45, n.1, p.185-214, 2015. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-41612015000100185&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612015000100185&lng=en&nrm=iso). Acesso 21 jan. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/0101-4161201545185sac>.

MAYNARD, Douglas W. Inside Plea Bargaining. New York. Plenus Press. 1984.

MCCONVILLE, Mike. MIRSLEY, L Chester. Jury Trials and Plea Bargaining: A True History. Hart Publishing. Oxford and Portland- Oregon.

MELO, A. L. A. Da Não Obrigatoriedade da Ação Penal Pública. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

MENDONÇA, A. C. A Defesa Técnica e o Acordo de Não Persecução Penal. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

MENDONÇA, J. V. S. **Direito constitucional econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.48 et. seq.

MESSIAS, M. **Acordo de não persecução penal**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2019.

MILL, J. S. **Princípios de Economia Política** – Com algumas Aplicações à Filosofia Social. Introdução de W. J. Ashley. São Paulo: Nova Cultura, 1995 (Coleção Economistas, vol.1)

\_\_\_\_\_. **Utilitarismo**. Introdução, tradução e notas de Pedro Galvão. Porto(Portugal): Porto Editora Ltda., 2005.

MORA, J. F. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Editora Dom Quixote. 1977.

MORAES, A. Direito ao silêncio e comissões parlamentares de inquérito. In: **Doutrinas Essenciais** - Processo Penal. NUCCI, G. S.; MOURA, M. T. R. A. (Orgs.) 1. ed. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. p. 09 et. seq.

MOURA, M. T. R. A. (Orgs.) 1. ed. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

MOURA, M. T. R. A.; MORAES, M. Z. Direito ao silêncio no interrogatório. In: **Doutrinas Essenciais** - Processo Penal. NUCCI, G. S.; MOURA, M. T. R. A. 1. ed. vol. 3. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 65

NERY JÚNIOR, N. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2018. E-book.

NEVES, D. A. O critério utilitarista será adequado para situação de risco? **Rev. Bras. Saude Mater. Infant.**, Recife, v.10, supl.2, p.347-353, 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1519-38292010000600012&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600012&lng=en&nrm=iso). Acesso em 3 out. 2020. <https://doi.org/10.1590/S1519-38292010000600012>.

PAIVA, C. C.; Heemann, T. A. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PEREIRA, J. R. G. As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais e Justiça**. **RBDFJ**, ano 4, n. 35, p. página inicial-página final, 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/136/21024/36663>. Acesso em: 25 jun. 2020.

PEREIRA, M. L. A pena e respectivos limites. In: **Doutrinas Essenciais - Processo Penal**/ coordenadores: Guilherme de Souza Nucci e Maria Thereza Rocha de Assis Moura. 1 ed. Vol. 6. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2012. fl. 62.

POSNER. R. A. L. **Pragmatism, and Democracy**. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2003.

PRADO, G. Justiça Penal Consensual. In: CARVALHO, S.; WUNDERLICH, A. (Orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2002. p. 61 et seq.

Pronunciamento final do CNMP sobre o ainda projeto de Resolução n. 181/2017. Disponível em [http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento\\_final.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf). Acessado em 04/02/2020.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**: Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROHLING, M. Rawls e o direito: A ordem jurídica na teoria da justiça como equidade. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, n.44, p.593-621, jul. 2015. Disponível em: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512015000100018&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512015000100018&lng=es&nrm=iso). Acesso em 23 jan. 2019. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000100018>.

ROMANIUC, J.; BARROS, F. D. Constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: Na Constituição Federal de 1988. Livraria do Advogado Editora. Posição 3318. E-book.

SEN, A. **A idéia de Justiça**. São Paulo. Companhia das letras. 2009.

SILVA, A. A. **Acordo de não persecução penal**. (sem editora) E-book. 2019. Disponível em: [https://www.amazon.com.br/ACORDO-PERSECU%C3%87%C3%83O-PENAL-ALEXANDRE-ASSUN%C3%87%C3%83O-ebook/dp/B089QR4K3D/ref=sr\\_1\\_7?\\_\\_mk\\_pt\\_BR=%C3%85M%C3%85%C5%BD%C3%95%C3%91&dchild=1&keywords=acordo+de+n%C3%A3o+persecu%C3%A7%C3%A3o+penal&qid=1597238980&sr=8-7#reader\\_B089QR4K3D](https://www.amazon.com.br/ACORDO-PERSECU%C3%87%C3%83O-PENAL-ALEXANDRE-ASSUN%C3%87%C3%83O-ebook/dp/B089QR4K3D/ref=sr_1_7?__mk_pt_BR=%C3%85M%C3%85%C5%BD%C3%95%C3%91&dchild=1&keywords=acordo+de+n%C3%A3o+persecu%C3%A7%C3%A3o+penal&qid=1597238980&sr=8-7#reader_B089QR4K3D).

SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**, conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SIMÕES, M. C. John Stuart Mill: utilitarismo e liberalismo. **Veritas**, v.58, n.1, 2013, p. 174-189. Disponível em: "<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/12909>". Acesso em 12 abr. 2020.

SOUZA, M. **Plea Bargaining no Brasil** - O Processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. Salvador: Editora JusPodvm, 2019.

SOUZA, R. Acordo de não persecução penal: o papel da confissão e a inexistência de *plea bargain*. **Revista Consultor Jurídico**, 7 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistencia-plea-bargain>. Acesso em 20 fev. 2019.

SOUZA, R.; CUNHA, R. S. A legalidade do Acordo de Não Persecução Penal: Uma Opção Legítima de Política Criminal. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p.124 et seq.

SOUZA, R. **Acordo de não persecução penal**: o papel da confissão e a inexistência de *plea bargain*. **Revista Consultor Jurídico**, 7 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistencia-plea-bargain>. Acesso em 20 fev. 2019.

STRECK, L. **Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual!** **Revista Consultor Jurídico**. 10 jan. 2019 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual> Acesso em 20 de fevereiro de 2019.

SUXBERGER, A. H. G. O Acordo de Não Persecução Penal: Reflexão a partir da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

VASCONCELLOS, V. G. Colaboração premiada no processo penal. 2. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018. E-book.

VASCONCELLOS, V. G.; MOELLER, U. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa.

**Bol. Mex. Der. Comp.**, México, v.49, n.147, p.13-33, 2016. Disponível em: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332016000300013&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332016000300013&lng=es&nrm=iso). Acesso em 21 jan. 2019.

VITA, A. A tarefa prática da filosofia política em John Rawls. **Lua Nova**, São Paulo, n.25, p.5-24, 1992. Disponível em: “[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451992000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000100002&lng=en&nrm=iso)”. Acesso em 28 set. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451992000100002>.