



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E DISCUSSÃO
CRÍTICA ACERCA DA SUA APLICABILIDADE**

SANTA RITA - PB
2021

BRUNO HENRIQUE DE ANDRADE SOARES

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E DISCUSSÃO
CRÍTICA ACERCA DA SUA APLICABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Ms. José Neto Barreto Júnior.

SANTA RITA - PB
2021

Catálogo na publicação Seção de Catalogação e Classificação

S676A Soares, Bruno Henrique de Andrade.

Acordo de não persecução penal e discussão crítica acerca da sua aplicabilidade / Bruno Henrique de Andrade Soares. - Santa Rita, 2021. 80 f.

Orientação: Mestre José Neto Barreto Júnior. Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ/DCJ.

1. Acordo. 2. Persecução. 3. Celeridade. 4. Anticrime.
I. Barreto Júnior, José Neto. II. Título.

UFPB/CCJ-SANTARITA CDU 34

BRUNO HENRIQUE DE ANDRADE SOARES

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E DISCUSSÃO
CRÍTICA ACERCA DA SUA APLICABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito do Departamento de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como
exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Ms. José Neto Barreto Júnior.

DATA DA APROVAÇÃO: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

**Prof.
(Orientador)**

Prof. (Avaliador)

Prof. (Avaliador)

A minha professora da vida, minha mãe, que desde o início da minha existência me incentivou e me mostrou a importância do estudo e acima de tudo me ensinou os valores e princípios que me tornaram uma pessoa melhor e imensamente feliz.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela vida que ele me concedeu e por me proporcionar perseverança durante toda a caminhada acadêmica, não foi fácil, mas cheguei.

Agradeço a minha mãe Socorro por todo o esforço investido na minha educação. Esta monografia é a prova de que os esforços dela pela minha educação não foram em vão e valeram a pena.

Agradeço principalmente à minha namorada Priscylla, minha Pêta, que a partir do momento que entrou na minha vida esteve ao meu lado durante o meu percurso acadêmico, me apoiando e auxiliando incondicionalmente em diversas situações cotidianas.

Agradeço também a meu irmão Ramon pela amizade e atenção dedicadas quando sempre precisei.

Sou grato pela confiança depositada na minha proposta de projeto pelo meu Professor José Neto, orientador do meu trabalho, que apesar da intensa rotina de sua vida acadêmica aceitou me orientar nesta monografia. As suas valiosas indicações fizeram toda a diferença.

Por último, quero agradecer também à Universidade Federal da Paraíba e todo o seu corpo docente que demonstrou estar comprometido com a qualidade e excelência do ensino.

“Teu dever é lutar pelo direito; porém, quando encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça.” (Eduardo Couture)

RESUMO

A morosidade da Justiça brasileira frequentemente gera bastante insegurança quanto aos resultados da sua atuação, muito embora seja ela ainda considerada grande instrumento para a promoção e realização da equidade moral e ética na sociedade. Sobretudo por fazer correção dos desvios de condutas e solução de conflitos sociais e econômicos entre os cidadãos e entre estes e o Estado. Por isso, é sempre desejada eficiência e rapidez nas soluções, de forma a surtir efeitos benéficos dos propósitos em que foi concebida. Por isso foi instituído “acordo de não persecução Penal”, criado pela Lei 13.964/2019, com a inserção do Art. 28-A no Código de Processo Penal, objeto de estudo deste Trabalho. O tema abordado é assaz pertinente, pois faz crítica sobre a aplicabilidade desse novo instrumento processual, o qual versa sobre o dispositivo constante do pacote anticrime aprovado pelo Congresso Nacional. Assim, propôs-se a analisar os aspectos constitucionais e legais refletidos em medidas dessa natureza, as consequências e implicações sobre os Direitos Fundamentais; a estudar os aspectos penais inerentes aos negócios jurídicos do gênero; a incidência dos princípios da ultratividade, retroatividade e irretroatividade envolvidos na medida; e detalhar os efeitos e consequências do acordo de não persecução penal, sobretudo sobre os conflitos ideológicos da medida, inclusive procurando concatenar as opiniões doutrinárias sobre o assunto. Por fim, faz-se as considerações sobre os avanços, benefícios, retrocessos ou perigos decorrentes da adoção do dispositivo no Sistema Processual Penal, concluindo sobre a probabilidade de não ter a efetividade planejada, sob a suspeita de ser um instrumento de pouca relevância para o combate à criminalidade, além da possibilidade de contribuir minimamente para a consecução de uma justiça social reclamada pela sociedade.

Palavras-chaves: Acordo. Persecução. Celeridade. Anticrime.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
1.1 TEMA	9
1.2 DA DELIMITAÇÃO	10
1.3 DEFINIÇÃO DO PROBLEMA.....	10
1.4 OBJETIVOS	11
1.4.1 Objetivo Geral	11
1.4.2 Objetivos Específicos.....	11
1.5 JUSTIFICATIVA	12
1.6 METODOLOGIA.....	12
1.6.1 Tipos de Pesquisa	12
1.6.2 Fontes da Pesquisa.....	13
1.6.3 Estrutura do Trabalho	13
2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS FUNDAMENTAIS	15
2.1 CONSEQUÊNCIAS DA CONFISSÃO	18
2.2 DA IRRENUNCIABILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	23
3 ENFOQUES PENAIS DAS NEGOCIAÇÕES DE ILÍCITOS CRIMINAIS.....	30
3.1 ANTERIORIDADE DA LEI PENAL	31
3.2 LEI PROCESSUAL PENAL NO TEMPO.....	34
3.3 DAS LEIS PROCESSUAIS QUE INERFEREM NO DIREITO MATERIAL.....	36
4 MINÚCIAS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	40
4.1 CRITÉRIOS FUNDAMENTAIS PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO	46
4.2 OUTRAS CONDIÇÕES DO ACORDO.....	53
4.3 ÓBICES AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	56
4.4 FORMALIZAÇÃO E CONDUÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	61
4.4.1 Vinculação das partes.....	61
4.4.2 Da homologação.....	64
4.4.3 Acompanhamento do cumprimento do acordo de não persecução penal	65
4.5 PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI PENAL E SUA INFLUÊNCIA NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	67
4.6 O JUIZ DE GARANTIAS E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	69
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	71
REFERÊNCIAS.....	76

1 INTRODUÇÃO

Sempre estiveram em foco as grandes críticas à morosidade da Justiça brasileira, o que frequentemente gera bastante insegurança quanto aos resultados da sua atuação. Apesar disso, a Justiça é considerada como grande instrumento para a promoção e realização da equidade moral e ética entre os membros da sociedade, mediante ações de julgamento e correção dos desvios de condutas dos formadores das células comunitárias, assim como solução de conflitos sociais e econômicos entre os cidadãos e entre estes e o Estado. Para tal, é desejada eficiência e rapidez nas soluções, de forma a surtir efeitos benéficos dos propósitos em que foi concebida.

Para o alcance desse objetivo é de fundamental valor obter a agilidade na tramitação processual, sob o risco de ficar todo o sistema à mercê de resultados opostos, ou seja, o não alcance da sonhada justiça social. Percebe-se, contudo, que, por mais que se reformem os dispositivos do processo penal brasileiro, não se vislumbra avanços na consecução de metas promissoras para a celeridade do sistema. Mesmo assim, há insistência em experiências nessa linha de ação, instituindo-se constantemente malabarismos que visam trazer celeridade ao processo e diminuição do volume de processos dos Tribunais, completamente abarrotados de ações judiciais, cujas soluções caminham em profunda lentidão e, muitas vezes, fora do tempo considerado razoável para a sua duração, quando não se perde a sua completa finalidade, por problemas prescricionais.

No grande azáfama de achar um real recurso para esse percalço, editaram-se as medidas previstas na Lei 9.099/1995, em que a criação dos Juizados Especiais Cíveis (Art. 3º a 59) e Criminais (Art. 60 a 92) tinha como princípio básico eliminar a tramitação burocrática de causas de menor complexidade, que, no campo penal, seriam as denominadas “infrações penais de menor potencial ofensivo”, devendo, a partir entrada em vigor dessa lei, proceder-se como delineia o seu Art. 2º, em que “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação ou a transação”. Dessa forma, todas as causas da área penal, cujas infrações penais que preveem pena máxima em abstrato de até 2 anos, deveriam ser marcadas pela adoção do procedimento relativo ao processo sumaríssimo, a propósito da subsidiariedade prevista no seu Art. 92, com conclusão em um prazo de até 30 dias.

Isto se dá na mesma base do rito sumário, previsto no Art. 531 do Código de Processo Penal Brasileiro (CPP), já que prevê este prazo para realização da audiência de instrução, e que, de acordo com o Art. 534, a sentença deve ser prolatada ao final da própria audiência de instrução, com conclusão em um prazo de até 30 dias.

Há nessa lei, inclusive, uma ampliação referente à suspensão condicional do processo, prevista no seu Art. 89, para as ações cujos crimes estejam previstos penas mínimas em abstrato de até 1 ano, que se assemelha ao “acordo de não persecução Penal”, criado pela Lei 13.964/2019, com a inserção do Art. 28-A no CPP, objeto de estudo deste Trabalho. Ou seja, constatou-se, após 19 anos de aplicação dos dispositivos da Lei 9.099/1995, que ainda haveria muito represamento de processos no sistema judiciário, e que o sistema precisava sofrer novo avanço de medidas para os solucionar.

Cabe, portanto, uma nova análise dessas medidas, visando avaliar o teor dos procedimentos adotados, qual o seu alcance e possibilidades de respostas positivas para atender os objetivos da sua criação, além da verificação das críticas lançadas pelo estafe jurídico sobre ampliação de impunidades e possíveis inviolabilidades de dispositivos penais e constitucionais.

1.1 TEMA

O tema abordado é assaz pertinente: “Acordo de Não Persecução Penal e Discussão Crítica Acerca da Sua Aplicabilidade”. Versa sobre o dispositivo constante do pacote anticrime aprovado pelo Congresso Nacional, por meio da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, com entrada em vigor em 23 de janeiro de 2020, em que insere o Art. 28-A no Código de Processo Penal Brasileiro (CPP), promovente de modificações nos procedimentos processuais criminais, o qual resultou em profundas controvérsias no meio jurídico, que se divide em três categorias básicas: a) defensores de medidas que aliviem o estoque represado de processos penais existentes no atual modelo jurisdicional brasileiro; b) juristas que alinhavam argumentos de se tratar de mais uma medida que visa trazer elementos de impunidade ao já flexível modelo penal; e c) aqueles que se prendem unicamente às violações de aspectos penais constitucionais inseridos na nova regra processual.

Enxergar novos elementos e, ainda, desembaraçar o imbróglio jurídico trazido com a medida é de importância ímpar, de vez que poderá auxiliar no surgimento de luzes ao mundo jurídico, trazendo posicionamento que poderá desvendar caminhos que desaguam em conjunturas harmoniosas ao sistema, de vez que se procurará postar benefícios possivelmente retirados de todas as posições até então trazidas à baila. Com isso, expõe-se a importância e a base da abordagem do assunto objeto dessa temática.

1.2 DA DELIMITAÇÃO

Ao abordar o assunto, pretende o presente trabalho fixar-se dentro dos limites do novo conjunto de procedimentos estabelecidos pelo Art. 3º da lei 13.964/19, mais especificamente sobre o trecho que insere no CPP o Art. 28-A, responsável por criar o mecanismo do “acordo de não persecução penal” para os crimes cuja pena mínima em abstrato seja inferior a 4 anos. O trabalho abarcará as consequências, os benefícios e os perigos da implantação desse novo dispositivo processual penal, concebido inicialmente para recrudescer as medidas de combate à criminalidade, tanto que recebeu a alcunha de “Pacote Anticrime”.

Nessas circunstâncias, o trabalho focará em discutir essas nuances conflitivas existentes no meio jurídico, sociológico e ideológico, que predominam as decisões parlamentares sobre o assunto.

1.3 DEFINIÇÃO DO PROBLEMA

É evidente que a eficácia da lei está condicionada ao assentimento social da medida adotada por ela, além do fato de que essa aceitação tem consonância com a certeza de que a sua inserção foi efetivada por análises detidas da sua real objetividade, promovidas por todo o estafe de interesse da medida e daqueles a quem ela afetará. Com isso, cabe o questionamento capital: quais as dificuldades na aplicação do novo Acordo de Não Persecução Penal, decorrentes de violações à constituição e em decorrência de problemas legais da aplicação do princípio da anterioridade da lei penal benéfica? O alcance da medida instituída foi devidamente estudado pela ciência jurídica e social, visando trazer de fato uma solução para os

problemas judiciais, sem derrocar os princípios básicos concebidos para efetividade dos critérios de justiça social e equidade?

Os devidos detalhamentos e levantamentos serão desenvolvidos neste trabalho para atender uma resposta exequível a esse questionamento, com a finalidade de se despir as forças e fragilidades embutidas no mecanismo jurídico criado, bem como as possibilidades de atingimento ou não das metas traçadas na sua concepção.

1.4 OBJETIVOS

1.4.1 Objetivo Geral

Analisar detidamente o “acordo de não persecução penal”, que faz ampliação da medida de barrar a instalação de processos penais para os casos considerados de pouca gravidade lesiva aos bens jurídicos protegidos pela Lei Penal, além dos já previstos pela Lei 9.099/1995, estabelecidos por modificações implantadas pela Lei 13.964/2019 no texto do Decreto-Lei 3.689/1941, que criou o Código de Processo Penal (CPP), mais especificamente na instituição do seu Art. 28-A, como regra de melhoria no combate à criminalidade. O trabalho tenta, nessa linha básica, perscrutar as motivações que justificaram a adoção da medida, bem como as consequências da sua implantação, dentro da ótica da ciência jurídica, deglutida pela doutrina jurídica do país.

1.4.2 Objetivos Específicos

- a) Introduzir o estudo do dispositivo criado, organizando a forma de análise das suas implicações jurídicas e alcances dentro do Processo Penal;
- b) Analisar os aspectos constitucionais e regulamentares refletidos em medidas dessa natureza, verificando as consequências de possíveis afetações no sistema processual penal, com implicância sobre os Direitos Fundamentais e demais reflexos legais que envolvem os acordos e negociações da espécie do estudado e levado a efeito neste trabalho;

- c) Estudar os aspectos penais inerentes aos negócios jurídicos do gênero, principalmente as possibilidades de incidência dos princípios da ultratividade, retroatividade e irretroatividade envolvidos na medida, com possíveis efeitos dentro Direito Penal, analisando a sua aplicação sob a ótica científica e posicionamentos doutrinários a respeito;
- d) Aprofundar os detalhamentos, efeitos e consequências do acordo de não persecução penal, sobretudo sobre os conflitos ideológicos da medida, procurando concatenar as opiniões doutrinárias do meio jurídico sobre os problemas constitucionais e outros possíveis vícios e virtudes decorrentes da implantação desse dispositivo no processo penal;
- e) Tecer considerações sobre os avanços, benefícios, retrocessos ou perigos decorrentes da adoção do dispositivo no Sistema Processual Penal;

1.5 JUSTIFICATIVA

A relevância do trabalho está presente na avalanche de dúvidas suscitadas por parcela considerável de juristas que vergaram sobre o tema, lançando louros sobre os benefícios da medida, mas também inúmeras divergências sobre a sua validade. Desta forma, é salutar o desenvolvimento de novas pesquisas que tentem elucidar esses conflitos ou, no mínimo, tentar aproximar os extremos desses antagonismos. É de fundamental importância dissecar o assunto, tentando vislumbrar o ângulo que cada analista precedente embasou as suas conclusões, procurando lançar nova luz que gere alternativa plausível de elucidação dessas dissensões.

1.6 METODOLOGIA

1.6.1 Tipos de Pesquisa

A base do trabalho é subsidiada pelo desenvolvimento de pesquisas em trabalhos científicos existentes, elaborados por diferentes pesquisadores e estudiosos sobre o assunto, assim como em informações armazenadas em órgãos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a saber:

- a) dados sobre a aplicação do Art. 28-A, do Código Processual Penal, inserido pela Lei 13.964/19, com levantamentos da base doutrinária sobre a eficácia do dispositivo, suas aplicações e implicações no Sistema Judiciário, busca dos estudos legislativos que embasaram a criação do novo modelo de negociação extrajudicial que pretende minimizar o inchaço processual no país, tomando por base os anuários do Sistema Judiciários brasileiro;
- b) análises sobre as implicâncias da medida no Direito Penal, verificando a opinião doutrinária sobre a hipótese de retroatividade aos casos já transitados em julgado e aos processos em andamento;
- d) análises sobre as consequências da aplicação das medidas sob os aspectos de regularidade constitucional, legal e social, dentro do que opina a doutrina em seus trabalhos científicos.

1.6.2 Fontes da Pesquisa

A pesquisa teve como fontes de dados os bancos digitais de Monografias, Dissertações e Teses produzidas e depositadas em bibliotecas científicas de diversos meios acadêmicos e de informação científica do país, bem como em artigos de juristas nos espaços de informação especializada por pesquisadores, analistas e cientistas jurídicos que desenvolveram estudos relacionados à temática ao presente trabalho. Outras fontes de dado foram os portais de Internet do Governo Brasileiro, sobretudo do poder legislativo e judiciário, bem como buscas dentro dos dispositivos integrantes do Ordenamento Jurídico Nacional.

1.6.3 Estrutura do Trabalho

Este Trabalho e Conclusão de Curso foi estruturado em uma seção introdutória, três capítulos e uma seção conclusiva.

Na seção introdutória são apresentadas as principais informações sobre a motivação do tema abordado, as razões para escolha do tema e delineando os formatos utilizados. No primeiro capítulo é feita uma abordagem sobre os aspectos constitucionais e legais que interferem em processos como o do acordo de não persecução penal, sobretudo aqueles que geram polêmicas e são causas de muita

controvérsia entre os doutrinadores brasileiros. No capítulo seguinte é apresentada uma discussão sobre as implicações do assunto dentro do Sistema Penal atual, dando ênfase à ultratividade da Lei Penal e as possibilidades de retroatividade e irretroatividade das leis penais e processuais penais e a sua relação com os casos existentes em andamento no Sistema Judiciário. No último capítulo são apresentados os dados do dispositivo criado e o detalhamento da sua abrangência e aplicações, detalhando as nuances do acordo de persecução penal, com as influências dos direitos fundamentais, das regras penais e dos princípios inerentes à Lei penal no tempo, procurando enxergar as consequências para o Sistema Judiciário da aplicação do novo instituto processual tratado neste trabalho. Por fim, serão feitas as considerações finais com as conclusões do autor sobre o assunto abordado, lançando a opinião pessoal sobre a validade, influência e consequências da implantação do novo acordo de não persecução penal.

2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS FUNDAMENTAIS

Não existe dúvidas de que há efeitos constitucionais envolvidos no “Acordo de Não Persecução Penal (ANPP)”, criado pelo Art. 3º da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, mais especificamente em relação à inserção do Art. 28-A no Código de Processo Penal (CPP). Dessa forma, é oportuno tratar-se neste capítulo dos mais diversos aspectos legais e constitucionais que envolvem esse novo dispositivo, sobretudo aqueles que venham apresentar controvérsias ou corroboração às medidas adotadas, exceto quanto às particularidades do Direito Penal, as quais deverão ser abordadas em outro capítulo.

Inicia-se por abordar a natureza jurídica do acordo de não persecução penal, que o consenso doutrinário insiste em classificar, nos moldes dos contratos previstos no Art. 421-A, do Código Civil (CC), constituído pela Lei 10.406, de 10/02/2002, como um “negócio jurídico bilateral e comutativo” (CAMBI ET AL, 2020, p. 67), em conformidade com o previsto no Art. 104 do Código Civil (“A validade do negócio jurídico requer: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei”), bem assim à boa-fé prevista no *caput* do Art. 113 do Código Civil (“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”) e nas teorias do fato jurídico, que prevê incondicionalmente o exercício de vontade dos lados negociantes e na declaração de compromissos acertados e devidamente definidos, tendo respeito aos artigos 107, 110 e 112, do Código Civil:

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

De acordo com Lima (2020, p. 274), o ANPP é de natureza extrajudicial, posto que realizado pelo Ministério público e o investigado, assistido por seu defensor, antes de ingresso da ação em juízo, nada obstante tenha de ser homologado o acordo pelo juiz das garantias (Arts. 3-A a 3-F do Código de Processo Penal-CPP), ocasião em que são negociadas as condições para a sua realização. O fato é que até esse estágio deverá ter o respaldo, além dos princípios constitucionais afetos ao

tipo de negociação levada a efeito, apenas da legislação que vincula as garantias negociais do acordo.

Há de se ponderar também que, à luz do Art. 111 do Código Civil, onde prevê que “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”, a manifestação de vontade por escrito está restrita aos casos em que o silêncio não seja suficiente para avaliar o desejo da parte, em face de prescrições legais previstas para o acordo. Dessa forma, romper o silêncio é circunstância obrigatória para a existência do negócio jurídico, se assim determinar a lei que estabelece as regras do novo instituto, mesmo que isso venha a violar direitos constitucionais de uma das partes.

Também não poderá ser desmerecida a interpretação do negócio jurídico unicamente se (§ 1º, do Art. 113, do Código Civil):

- I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;
- II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;
- III - corresponder à boa-fé;
- IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e
- V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

Se o negócio jurídico tem como objetivo a criação, alteração ou supressão de direitos, com obrigações implícitas, por meio de regramento autônomo das partes, visando exclusivamente a interesses recíprocos, exige necessariamente valer-se da declaração de vontade, pronunciada em obediência a uma suposição de existir um elemento material real, válido e eficaz, com o fim de atingir resultados lícitos. Infere-se no negócio a existência de partes capazes e em equilíbrio de forças, para produzir vontade espontânea e obtenção de uma realização inquestionável.

O negócio, sempre bilateral, deverá ocorrer mediante declaração pretensiva das partes envolvidas, de cunho real e não apenas do sentido literal usado, para que surtam efeitos no local e tempo avençado, desde que vivas, se obedecidas as formalidades e condições previstas em regras para cada caso. Em todo caso, as interpretações deverão ser sempre mais favoráveis à parte mais frágil do negócio e que aceitou as condições impostas pela parte mais viril. Valendo ainda ressaltar que, em qualquer negócio jurídico, a prevalência da função social, respeitando os interesses individuais das partes e tratando as suas ambiguidades de acordo com

os costumes do local onde processa o negócio, é absolutamente necessária, sem descurar da probidade e lisura que devem ser implementadas em qualquer negociação.

As condições fazem parte do negócio, desde que perfeitamente expressas no desejo mútuo das partes e sejam perfeitamente regulares juridicamente, compreensíveis, não contraditórias e com probabilidades reais de serem cumpridas. Porém, devem ser evitadas aquelas que podem ser interpretadas como impositivas, obrigatórias ou vinculadas, exceto as que vierem de regramentos legais. Tudo conforme previsto nas normas gerais para Negócios Jurídicos e Contratos do Código Civil Brasileiro.

Em relação à Constituição, é razoável discutir aspectos de direitos fundamentais afetos ao Direito Penal e Processual Penal, os quais devem ser observados antes de qualquer medida que venha a ser adotada para interferir no Sistema Penal Brasileiro, sob risco de causar vícios ou transtornos ao funcionamento dos seus mecanismos.

O princípio da presunção de inocência, perfeitamente delineado no inciso LVII do Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), a saber: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, é um dos mais importantes, posto que está embutido nos casos de disciplinamento de confissões do réu em qualquer circunstância, sobretudo quando tiver dúvidas sobre sua livre e espontânea iniciativa, ou quando vieram de fora das oitivas de instrução do processo, em que ocorrem as maiores probabilidades de ocorrência de sua violação. A confissão do réu já está prevista dentro dos artigos 197 a 200 do CPP, além de dispositivos do Código Penal (CP), em especial na alínea d do inciso III do Art. 65 (confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime), no § 2º do Art. 168-A (é extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal) e no § 1º do Art. 337-A (É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal), sempre ligada ao caráter de “espontaneidade”.

A confissão está intimamente ligada também ao direito ao silêncio, conforme estabelecido no inciso LXII do Art. 5º da CF/88, que diz literalmente: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, a qual não deve ser violada em qualquer fase do processo, principalmente nas etapas de investigação, indiciamento, denúncia e instrução;

Segundo Avena (2020, p. 1116), a confissão refere-se ao reconhecimento espontâneo por parte do réu da atribuição criminal aventada em investigação, denúncia ou queixa-crime, lembrando ele que, nestas situações, e, de acordo com o Art. 190 do CPP, “será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração”, devendo fazer declaração nesse sentido, caso responda afirmativamente. Além de que, para a sua validade, em conformidade com a doutrina, existe necessidade de resguardar detalhes específicos do processo de confissão, além de reocupação com aspectos formais.

Como requisitos intrínsecos, destacam-se a verossimilhança, que se traduz como a probabilidade de o fato efetivamente ter ocorrido da forma como confessada pelo réu; a clareza, caracterizada por meio de uma narrativa compreensível e com sentido inequívoco; a persistência, que se revela por meio da repetição dos mesmos aspectos e circunstâncias, sem modificação no relato quanto aos detalhes principais da ação delituosa; e a coincidência entre o relato do confidente e os demais meios de prova angariados ao processo. Por outro lado, como requisitos formais estão a pessoalidade, devendo a confissão ser realizada pelo próprio réu, não se admitindo seja feita por interposta pessoa, como o defensor e o mandatário; o caráter expresso, pois deve ser reduzida a termo; oferecimento perante o juiz competente, qual seja, o que está oficiando no processo criminal; a espontaneidade, impondo-se que seja oferecida sem nenhuma coação; e a saúde mental do imputado, possibilitando-se o convencimento do juízo de que o relato não está sendo fruto da imaginação ou de alucinações do acusado (NAGIMA, 2012, p. 3).

2.1 CONSEQUÊNCIAS DA CONFISSÃO

O preceito fundamental que institui o direito ao silêncio, estabelece por consequência um dos arraigados conceitos penais, sustentáculo consagrado do *nemo tenetur se detegere*, ou, mais especificamente, a premissa de que “ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo”. A confissão é o ato de autoincriminação que fere essa estrutura fundante da proteção pessoal, encravada nos mais importantes multifários jurídicos do planeta, como no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas,

em 16 de dezembro de 1966, promulgado pelo Decreto 592, de 06 de julho de 1992, em seu Art. 14, item 3, alínea g: “toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), subscrita pela Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, promulgada pelo Decreto 678, de 06 de novembro de 1992:

Art. 8º - Garantias Judiciais

...

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

...

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

O direito ao silêncio é considerado como uma “autodefesa passiva”, exercida por apatia daquele que está sendo imputada acusação de prática ilícita. A garantia dessa autodefesa está na proibição pelo texto constitucional de utilização de qualquer forma de coação ou chantagem ao investigado, indiciado ou acusado para obter informações que facilite a incriminação do agente. Essa norma maior:

objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações”. (QUEIJO, 2003, p. 55).

Embora na CF/88, deixe certa dubiedade sobre a aplicação do seu inciso LXIII do Art. 5º, dando a entender que se trata de incidência apenas ao agente na iminência de ser preso, essa dúvida é absolutamente dirimida pelos termos já citados do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, todos com aplicação integral no Brasil, por sua recepção aprovada pelo Congresso Nacional, tendo a mesma substância constitucional, cujos textos deixam claro que se trata de uma tutela de direitos que alcança todo o processo, começando da fase pré-processual, independentemente de medidas cautelares prisionais. Doutrinadores mais afoitos, que veem o aspecto jurídico sobre a ótica literal, até tentam implementar interpretação de que a garantia constitucional abrangeria unicamente pessoa com aprisionamento decretado. Todavia, a grande maioria comunga com a ideia de que tal dispositivo constitucional tem o condão de proteger a qualquer réu, incluindo os que estão na fase investigativa ou respondendo a processos em liberdade. Em qualquer

situação ele não será forçado a fazer confissões que vão causar danos à sua condição criminal (GOMES FILHO, 1997, p. 113).

Não é válido o argumento sobre a desnecessidade de alerta do direito de ficar calado, não apenas nos casos de voz de prisão, mas também em todos os casos em que forem postas perguntas ao suspeito de alguma ação delituosa, seja em processos investigatórios preliminares ou de apuração de provas nas instruções processuais, sobretudo sobre alegações de que “ninguém poderá alegar desconhecimento da lei”. Portanto, em qualquer situação em que se incite o pronunciamento de algum agente suspeito, este deverá obrigatoriamente ser alertado dos seus direitos transcritos na Constituição, no seu inciso LXIII do Art. 5º, sob pena de nulidade da oitiva, a qual não poderá ser usada em detrimento da sua inocência, por serem consideradas provas ilícitas e devem ser desentranhadas do processo, nos termos do Art. 157 do CPP: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Decorre que, além de irregularidade, omitir a obrigação de informação do direito consagrado na ocasião apropriada, o que gera nulidade e desconsideração dos requisitos incriminatórios, os efeitos são extensivos às demais provas derivadas da confissão, ou de respostas dadas em oitiva, se o alerta do direito for negligenciado, ou dado no momento inoportuno. Conforme se presume do julgamento do Habeas Corpus 78708/SP, pela 1ª turma do STF, tendo como relator o Min. Sepúlveda Pertence, ocorrido em 09 de março de 1999:

Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas.

Há dúvidas sobre a possibilidade de serem aceitas provas judiciais retiradas de entrevistas a repórteres da mídia em geral, quando alguém produz alguma declaração que venha a ser imputada como crime. Nesse sentido o STF, por meio da 2ª Turma, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, já se pronunciou a favor do uso dessas declarações como instrumento de prova nos autos, proveniente de julgamento do Habeas Corpus 99.558/ES, em 14 de dezembro de 2010, concluindo que não se vê a presença de elementos de nulidade pela juntada de provas obtidas por meio de entrevista espontânea oferecida a veículo de imprensa, mesmo contrariando a

obrigatoriedade de informação do direito ao silêncio, constante de disposição constitucional.

Concluindo, mesmo a contrassenso da obrigatoriedade de ser informado do seu direito ao silêncio, constante de disposição constitucional, não ver a presença de elementos de nulidade da juntada de prova obtida por meio de entrevista espontânea oferecida a veículo de imprensa:

Habeas Corpus. 2. Alegação de ilicitude da prova, consistente em entrevista concedida pelo paciente ao jornal A Tribuna, na qual narra o modus operandi de dois homicídios perpetrados no Estado do Espírito Santo, na medida em que não teria sido advertido do direito de permanecer calado. 3. Entrevista concedida de forma espontânea. 5. Constrangimento ilegal não caracterizado. 4. Ordem denegada.
(STF - HC: 99558 ES, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 14/12/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-024 DIVULG 04-02-2011 PUBLIC 07-02-2011 EMENT VOL-02458-01 PP-00064)

É óbvio que o *nemo tenetur se detegere* não se resume no silêncio durante o interrogatório. O direito de não falar é só um dos pilares que garantem ao agente não produzir provas contra si mesmo. Todavia, o mais emblemático refere-se a não dizer a verdade. Contudo, os dois formatos, silenciar ou dizer inverdades, são análogos em matéria de autodefesa, quando, ao ser perguntado sobre confirmação da autoria do delito, o interrogado pode se omitir de responder (defesa passiva, que não pode ser confundida com confissão ficta), garantido pelo seu direito ao silêncio, ou negar a autoria, como estratégia defensiva, mesmo sendo o autor certo do fato, porque não lhe pode ser exigido dizer a verdade nestas circunstâncias. Neste caso, é plenamente aceita a falsa negativa, exatamente para garantir a não autoincriminação, não tendo que se falar em ilicitude do ato, pois foi produzido, mesmo se proferida diante de um magistrado, para não prejudicar a própria defesa (QUEIJO, 2003, p. 397). Sem contar que, em face do que contém os citados pactos internacionais subscritos pelo Brasil, ninguém pode ser forçado a fazer confissão da prática de qualquer delito. Bom ver os termos do julgamento do Habeas Corpus 68.929/SP, julgado em 22 de outubro de 1991, pela Primeira Turma do STF, tendo como relator o Ministro Celso de Melo:

Resumo: Paciente com 4 condenações penais pela prática dos delitos de estelionato, quadrilha ou bando e subtração ou inutilização de livro ou documento.

Ementa: - Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. "Nemo tenetur se detegere". Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance

concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal.

Ao acusado é permitido omitir a verdade, até porque, por enquanto, não existe crime de perjúrio definido na hierarquia penal brasileira (GOMES, 2008, p. 106), não podendo, contudo, sob nenhuma hipótese, fazer alusões de garantia ao direito de mentir, em possível extração originária do princípio do *nemo tenetur se detegere*, até por não existir nenhuma complacência dentro do Estado Democrático de Direito, com práticas dos seus cidadãos que possam ser assemelhadas a comportamentos imorais ou antiéticos, como os atrelados à mentira. Até porque existem outros tipos penais associados a ela, tais como aqueles em que causem danos cíveis ou penais a terceiros pelo seu exercício. Ou seja, mentir para favorecer a si mesmo em caso de autodefesa não é ilicitude penal, mas mentir em prejuízo de terceiros pode ser ilícito, se isso causar danos cíveis ou estiver incurso em um tipo penal no ordenamento jurídico, pois o direito de não produzir provas contra si mesmo extingue-se na ação de se autodefender (BEDÊ JUNIOR e SENA, 2009, p. 38), não prevalecendo também no caso de falsa identidade para ocultar maus antecedentes, conforme termos da Súmula 522 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”.

Conclui-se que o fato da Constituição Federal, por intermédio do seu Art. 5º, inciso LXIII, bem como da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por seus artigos já citados, assegurarem a qualquer suspeito o direito de não produzir prova contra si mesmo, embute com muita clareza, conforme mostra Queijo (2003, p.221), que não poderá, do seu exercício, sobrevir consequências que lhe traga prejuízos. Caso contrário, ocorrendo algum efeito negativo do exercício dessa garantia fundamental, isto redundaria em negação à eficácia do próprio direito. Por isso, Cunha (2020, p. 129) é categórico; “apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal”.

Extrai-se, então, a lógica da irregularidade na existência de determinações, regulamentações, exigência ou condições que constrija ou induza ao acusado à produção de provas contra si mesmo. Em tal circunstância, exigir uma confissão para trazer benefícios a um suspeito tem como característica interferir na espontaneidade

do agente, ferindo cabalmente o direito sagrado e imaculado de não produção de provas contra si mesmo. É uma situação que se pode estar inserindo um elemento ilusório de mais vantagem, qual seja um ficto benefício, de aparência de menor dano que severos desgastes psicológicos e emocionais de enfrentar uma persecução penal, que, na maioria das vezes, podem vir com a antevisão de dificuldades e se levantar provas, mesmo sabendo-se o agente inocente. Esta premissa tem fundamento quando se sabe do grande índice de inocentes condenados em processos penais, pelo simples fato de que, em grande parte, não conseguem reunir as provas que os livrem do volume de indícios levados ao processo, simplesmente porque, quem não age com dolo, dificilmente tem preocupação em registrar fatos que ateste a sua boa-fé em atos que pratica com naturalidade, os quais seriam fundamentais como elementos probatórios favoráveis.

2.2 DA IRRENUNCIABILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais, considerados todos os descritos no Art. 5º da CF/88, bem como aqueles descritos em Tratados Internacionais subscritos pelo Brasil, possuem algumas características primordiais, das quais, três delas têm destaques, por representar o seu tripé de sustentação. São elas:

- a imprescritibilidade, que representa a ausência de perda desses direitos com o passar do tempo, os quais podem ser reivindicados a qualquer prazo, independentemente do lapso decorrido do seu descumprimento;

- a inalienabilidade, que indica que eles são pessoais e há a impossibilidade de transmissão desses direitos de uma pessoa para outra, seja com ou sem ônus;

- e a irrenunciabilidade, mostrando que, em regra, não se pode desistir desses direitos, desde que não ocorra incompatibilidade entre eles, ou existam outros de maior importância.

Doutrinadores, contudo, não convergem para uma definição clara sobre a renunciabilidade desses Direitos Fundamentais dentro do espectro penal. Novais (1996, p. 285.) define o ato de renunciar como a atitude de um indivíduo de declinar voluntariamente de prerrogativa jurídica pessoal, proporcionada por um construto imperativo superior, com o objetivo de aderir por declaração de vontade a determinada pretensão tida a princípio como de melhor viés, que o vincula juridicamente a se

submeter. Mas deve ser alertado que, renunciar a um direito fundamental não comporta necessariamente extingui-lo, mas no máximo reduzir a importância de sua validade. Portanto, a higidez dos Direitos Fundamentais, traduzidos por sua força inalienável, imprescritível e irrenunciável, distinguindo a impossibilidade de cessão ou abdicção da titularidade, é amenizada por Miranda (2008, p. 384-385) de que não é absolutamente verdade “[...] que os titulares não possam ou não devam aceitar a sua restrição; ou que não possam, por sua vontade, suspender o exercício de alguns desses direitos”.

Discute-se que há distinção entre a inércia no exercício, a perda definitiva e a renúncia dos Direitos Fundamentais. Há reconhecimento de que a renúncia seria o ato de não utilizar o direito fundamental por meio de um compromisso jurídico formal, em que atesta a desvinculação, mesmo que tacitamente, de se exigir o cumprimento de alguns pontos desse direito. À perda definitiva sucede a uma determinação externa pela prática de atos que a ordem jurídica impõe a extinção, conforme prevê Mac Crorie (2013, p. 32-33): “[...] enquanto o enfraquecimento do direito é desejado na renúncia, nos casos de perda já não o será, ou, pelo menos, já não depende da vontade dos sujeitos”. Já a inércia é simplesmente deixar exercer o direito, mesmo quando ele foi violado por terceiros, por ausência de interesse ou de conhecimento da sua existência, e que, às vezes, é confundido com a renúncia. Em qualquer dos casos, a renúncia, a perda ou a inércia tem dependência do tipo de direito que deveria ser exercido.

É admissível a possibilidade de ser irrenunciável uma parte substancial do núcleo do direito, como denota Canotilho (2007), sobre o qual haveria proteção constitucionalmente intransponível, mas admite uma outra parte que tem apenas probabilidade de limitação voluntária ao seu exercício, que, neste caso, admitiria serem colocadas determinadas condições. Nessas bases, pode-se conceber a existência de diferença na renúncia do direito fundamental com a simples barreira natural ao gozo de certos direitos. Claro que existem espécies de Direitos Fundamentais que se incorporam nas hipóteses de não ser exercível, ou ser impraticável o exercício, tratando-se de tipo que não se aplica à vontade do titular do direito, mas ao limite do possível. São as hipóteses de que há permissão para a faculdade de querer ou não o seu exercício. A possibilidade de não querer exercer gera apenas circunstância da recusa, sem tornar implícita a vontade de abdicar em definitivo do direito. Caso em que, posteriormente, pode haver desejo de utilizar a

prerrogativa de exercê-lo, caso não tenha havido preclusão. Pode-se exemplificar o caso da “inviolabilidade do domicílio” (Art. 5º, XI, da CF/88), em que pode haver o consentimento do morador para que esse direito não seja acatado, o que não implica que, ao consentir no caso atual, ele tenha perdido o direito à inviolabilidade em casos posteriores.

Nesses modos, surgem os casos de negociação jurídica de casos penais, os quais serão sempre realizados em detrimento de alguns direitos, que comportam ser renunciados ou, no mínimo, facultado o exercício. Acordos do gênero caracterizam por ferir o direito ao contraditório e ampla defesa, que, por sinal, é um direito difícil de exercer para aqueles sem condições de arcar com os custos da defesa técnica, que, mesmo conseguindo a assistência de Defensor Público, tem, em boa parte das vezes, pela exiguidade de tempo em face de estarem sempre abarrotados de trabalho, uma defesa deficiente. Claro que, em face da característica do dano criminal negociado, é mais salutar abrir mão desse direito do que exercê-lo sem resultado. O grande incômodo está em outros casos cuja natureza dos fatos é plenamente defensável, mas, pelas dificuldades da defesa técnica, ou de problemas decorrentes do enfrentamento da persecução penal, declina-se de um direito que lhe seria totalmente útil e favorável. O grande drama da renúncia de Direitos Fundamentais surge exatamente nessa esfera de dúvidas sobre qual direito é o mais benéfico, se o renunciado ou o substituído, que, em face das circunstâncias apresentadas, ocorre muitas vezes forçosamente, longe do voluntarismo, mais pelo menor prejuízo do que pelo melhor resultado. Fora o efeito das avaliações precipitadas que, a princípio julgadas agradáveis, findam por redundar em grandes catástrofes.

No fundo há a incômoda sensação para o fato de que, ao se avaliar alguns mecanismos criados, que envolvem exatamente essa hipótese de renúncias a direitos fundamentais, dentro da premissa posta, e considerada em inteira normalidade, trata-se de instrumentos de proteção da sociedade ou de sistemas estatais, que finalizam por exercer mera oposição à defesa do indivíduo, para os quais os Direitos Fundamentais foram criados. Não há dúvida de que o Estado não pode ser paternalista o suficiente de saber mais que o próprio interessado sobre o que deve abdicar (MIRANDA e MEDEIROS, 2005, p. 263), mas deve-se ater, além do interesse social, às vulnerabilidades individuais de quem possui os direitos a serem

renunciados. De tal análise, verifica-se que se entra no bojo da questão outra violação constitucional, referente ao desprezo à Dignidade da Pessoa Humana.

A Dignidade da Pessoa Humana é o grande instrumento constitucional, utilizado com veemência pelo atual quadro do STF, para imiscuir em muitas áreas do Direito, cujas interpretações têm resultado em modificações significativas no contexto constitucional e legal. Quando se falou em *nemo tenetur se detegere* talvez não se tenha falado que ele tem profundas raízes no escabelo de acatamento à dignidade da pessoa humana, nos termos do Art. 1º, inciso III, da CF/88, conferindo a qualquer suspeito, inquirido, investigado, acusado ou réu “condição de sujeito de direito no processo”, e não de mero objeto de uma inquisição (DIAS et al, 2009, p. 40-41). Por isso, e muito mais, a Dignidade da Pessoa Humana não está arrolada junto aos Direitos Fundamentais, pois ela é a luz que determina os parâmetros de todos eles. Trata-se do critério que embasa todos os demais direitos do cidadão. “A dignidade é um valor constitucional que ilumina todo o ordenamento, orientando, especialmente, a atividade consensual penal, atuando, ao mesmo tempo, como piso protetivo mínimo e norte a ser seguido” (SALES e SANTOS, 2020, p. 46).

Todo Direito Fundamental gera uma obrigação estatal, ou mesmo de outros segmentos privados, que garanta o seu cumprimento. O exercício do direito fundamental nem sempre é de alçada do próprio detentor, mas do ente que o garante, definido na constituição. Dessa forma, toda vez que é violado um direito fundamental de um cidadão, está-se ofendendo antes de tudo a sua Dignidade Humana. Ainda nessa mesma linha, quando se vislumbra uma negociação jurídico penal, com oferta de prêmio para a decisão de renúncia ao contraditório e ampla defesa, bem como abrindo mão ao silêncio, estará o titular fazendo uma submissão a medidas fixadas para realização da negociação, na forma mais conhecida como um contrato de adesão, bem estudado na área cível. Vislumbra-se na mesma analogia teórica, sendo vendida uma política de facilidades com a aparência imediata de uma substituição vantajosa dos direitos fundamentais abdicados, até porque vende-se junto uma hipótese de adquirir um direito melhor e mais valorizado: a liberdade.

Mas também, na mesma ótica de um contrato de adesão, as possíveis armadilhas dele resultante são frequentemente invisíveis, pois sempre em tais negociações é apresentado um castelo de vantagens, cheio de flores e benefícios, que, na maioria das vezes, desvanecerão se existisse possibilidade de vidência em

antecipar o resultado delas decorrente. Não há dúvida de que, em qualquer negócio jurídico, prejuízos são calculáveis e até aceitáveis, desde que os benefícios dele decorrente possam ser realmente mais vantajosos. Simplesmente livrar-se de um processo penal, do qual caberia uma plena e ampla defesa, e que poderia haver resultados favoráveis, não se disponibilizaria vantagem na aceitação de acordo, pois, neste caso, não há equilíbrio no processo de negociação. Haveria, sim, a oferta de uma vantagem, posta como um prejuízo menor, em troca de outro maior, que não se perceberia existir caso estivesse sem a obscuridade de uma decisão tomada sob influência da vulnerabilidade de pressão e emoção. Esta é uma hipótese de velada ofensa à Dignidade da Pessoa Humana, bastante corriqueira em casos de negociações de vantagens criminais, em acordos processuais, cujos cuidados têm e ser tomados para se evitar situações de nulidades futuras, sobretudo quando as condições aceitas sejam bem mais pesadas que possíveis penas que seriam impostas, caso o acordo não fosse concretizado.

É muito tênue a linha que separa a voluntariedade da coação implícita, quando há problemas emocionais envolvidos nas decisões. A vontade tem de ser isenta de erro, com grandes dificuldades de provar que também ela seja “inequívoca” (ANDRADE, 2008, p. 310). A adesão consensual a acordos possui pontos nevrálgicos, que culminam em abertura de brechas na garantia da integralidade da voluntariedade, desde que não se pode asseverar o quão livre foi a decisão tomada e quanto de pressão, interna ou psicológica, estão nela embutida. Será que o terror de uma pena, visivelmente embutido nos moldes ritualísticos da persecução penal, não implicaria significativa coação moral e ilegal, capaz de erodir a autodeterminação da parte mais sensível da negociação? Não seria essa dissimulada coação um indício bastante forte do enfraquecimento da voluntariedade necessária nesse processo negocial? Não estaria essa aura de perigo iminente, existente naturalmente no rito processual penal, de fato sendo um elemento coercitivo real que inflama o aparecimento de concordância com situações que podem ser prejudiciais, ou mesmo que não sejam tão benéficas quanto parecidas, existentes na concretização de acordos de benefícios despenalizadores? Isso tudo não configura um desrespeito ao principal elemento fundante dos direitos fundamentais, a Dignidade da Pessoa Humana?

Respostas podem ser obtidas se, ao dar validade a acordos do gênero, na forma do acordo de não persecução penal previsto pelo Art. 28-A do CPP, o

magistrado, na qualidade de guardião dos seus direitos fundamentais, puder aferir, com grau elevado de segurança, se o réu teve compreensão absoluta da substância de todas as possíveis imputações que responde, suas implicações penais, a dimensão das condições impostas na negociação, a grandeza da vontade interposta na decisão, a personalidade e voluntarismo observado na decisão, a impossibilidade de coerção, mesmo que psicológica ou emocional, sofrida e das vantagens que estão embutidas na medida. Não se pode descurar da existência, em qualquer tipo de negociação ou acordo, de suceder constrangimentos ilegais ao acusado em toda a condução do processo, principalmente quanto à submissão involuntária da culpa, subscrita na confissão, pelo simples amedrontamento de ser subjugado a uma penalidade severa, ou simplesmente, como acontece comumente, não conseguir se defender dela, conforme compara Vasconcelos (2015):

[...] estudo empírico realizado em conjunto por professoras de direito e de psicologia, publicado em 2013 nos seguintes termos: em resumo, foram executados testes voluntários para uma suposta pesquisa de lógica entre estudantes de uma universidade; durante a realização da prova, um estudante é acusado de trapaça (por ter copiado respostas alheias em tarefa individual), sabendo-se que nada assim havia acontecido; diante disso, o supervisor oferecia ao suposto acusado duas opções, reconhecer sua culpabilidade e não receber a gratificação pela realização voluntária do exame ou solicitar o envio do caso ao conselho de ética da universidade, que, em caso de condenação, advertiria o aluno e imporá sanção de comparecer a aulas de ética por um semestre. Dos 39 estudantes sabidamente inocentes, 22 aceitaram a proposta de barganha, ou seja, 56% dos acusados, que com certeza não haviam cometido o falsamente imputado, reconheceram a culpabilidade em troca de uma sanção menos grave.

O natural superpoder de coerção do sistema penal faz aparecer grandes incômodos no meio doutrinário, razão de serem as aplicações de barganhas criminais vistas com ceticismo em quase todo o planeta, sobretudo pela dificuldade de se criar método de distinção entre as ameaças lícitas e as ilícitas, passível de descortinar a existência de voluntariedade na confissão de culpa. O possível aparecimento do blefe é considerado totalmente ilícito, na hora de convencer alguém a aceitar um acordo é real. Mesmo com a assistência de um defensor, é possível não se perceber a inserção de avultamento das consequências da acusação, que pode influir decisivamente na realização de acordos. É natural que, quem propõe, sempre inflacione as consequências do fato que gerou a proposição, supervalorizando o ilícito da acusação ou extravagando na existência de provas, visando sobretudo convencer o interlocutor a aceitar os termos oferecido, ou simplesmente melhorar a posição do ofertante na feitura do acordo. Estaria aí uma coação ilegal pela modificação nas condições

psicológicas do ofendido, que pode ser inclusive elementos para se considerar uma tortura emocional, e, nesse caso, ocorrendo o fatal e indesejável desrespeito à dignidade da pessoa humana.

[...] existem limites intrínsecos para os níveis de complexidade e de garantias que mesmo um povo civilizado pode tolerar. Se se excedem tais limites, e a capacidade repressiva do sistema penal fica, por esse motivo, em perigo, o sistema responderá desenvolvendo subterfúgios que ultrapassam a lei formal (LANGBEIN, 1978, p. 20).

Cabe, por fim, mostrar que o ferimento da Dignidade da Pessoa Humana acarreta novo desrespeito ao maior dos Direitos fundamentais, atestado no inciso II do Art. 5º da CF/88: a liberdade, nos termos da definição de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, o autor de tais fatos fica a mercê de arbítrio judicial na forma do inciso XLI do mesmo artigo: a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Além disso, tem de se destacar insegurança jurídica dos atos praticados, dessa maneira ou de qualquer outra forma, decorrentes das possibilidades de infinitas interferências recursais de nulidades cabíveis, além de se poder afirmar que proporcionarão surgimento de infindáveis ocorrências de revisões criminais, em face de profundas dúvidas de enquadramento em mais um direito fundamental, qual seja o descrito no inciso XL do Art. 5º da CF/88: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Isso será abordado no próximo capítulo.

3 ENFOQUES PENAIS DAS NEGOCIAÇÕES DE ILÍCITOS CRIMINAIS

O maior problema existente nos institutos inseridos no Sistema Processual Penal é identificar a existência de efeitos que vão além da intenção inicial, qual seja a de criar medidas a serem adotadas com propósito único de instituição ou alteração de procedimentos integrantes da ritualística destinada a gerar passos para provocação do Estado na apuração de irregularidades praticadas por qualquer cidadão, consideradas como ilícitos penais, e a consequente busca de realinhamento de sua conduta.

Há obviedade na sustentação da premissa de que, constatado um desvio de conduta do agente, está o Estado, por provocação social ou privada, autorizado a fazer a sua apuração e aplicação de medidas proporcionais à correção do comportamento apurado, se realmente criminal. O resultado dessa intervenção autorizada, diante de confirmação da irregularidade inicialmente suspeitada, pode culminar com a decretação de sanções, na forma de penalidades, entre as cominadas prévia e legalmente, dentro do princípio da reserva legal. Assim, se da modificação empresada legislativamente nessa rotina há medidas que saneiam essa possibilidade de sanções, correspondente a modificações no resultado da aplicação de medidas corretoras ou penalizadoras legalmente previstas ao caso, houve a inserção, conforme imagina razoável parcela de juristas, com adoção do novo procedimento, de uma modificação na parte material envolvida em todo o Sistema, em face simplesmente do alívio ou isenção de penalidades legais inicialmente previstas e que comportariam ser isentadas ou amenizadas unicamente por um devido processo legal.

Ante às diferenciações de conceitos sobre essas ocorrências, é de saudável postura avançar sobre o tema, objetivando obter-se um arremate mais sustentável na discussão jurídica desse assunto, tal que se melhor aproveite à elucidação da questão, e sobrevenha proveito da aplicação do instituto criado pela Lei 13.964/19, com a inserção do Art. 28-A no CPP. Uma análise detida da incidência do tempo nas leis processuais e Penais é um mecanismo bem vantajoso para divisar as nuances embutidas nessa problemática, que são objetos de debates extensivos entre os envolvidos na filosofia e sociologia jurídica.

Não existem problemas de maior monta em relação à anterioridade das leis penais e processuais penais puras, pois a literalidade presente nessas leis não gera aparecimento de maiores dúvidas na sua interpretação, bastando o conhecimento

razoável da diferenciação do que esteja afeto diretamente ao sistema processual ou a matéria penal e, neste caso, de institutos como a *novatio legis in melius* ou *novatio legis in pejus*, para entendimento claro a respeito de sua aplicação. Entretanto, quando se trata de legislação híbrida - considerada aquela que, ao se pretender alterar um sistema (processual), acaba por interferir em outro (penal)-, começam as complexidades sobre o assunto, posto que a identificação do estado de hibridez não é tão simples. Dessa forma, serão abordadas adiante essas questões, procurando aprimorar a exegese sobre essas leis, para que se veja mais adiante a melhor adequação ao novo instituto do acordo de não persecução penal, que, aliás, está totalmente imiscuído nas maiores dúvidas sobre a matéria da temporalidade da lei.

3.1 ANTERIORIDADE DA LEI PENAL

Dentro do direito penal, por maior desafetação nas interpretações - até pela existência de certa perpetuidade dos regramentos materiais da área, além da taxatividade de direito fundamental afeto à essa temática, que define muito bem a sua aplicação no tempo (Art. 5º, XL, da CF/88)-, tem-se apresentado pouca divergência na aplicação dos efeitos temporais do seu conteúdo, o que, para sua maior clareza ou dissipação de dúvidas, será abordado, mesmo que superficialmente, pois torna importante para entendimento das demais partes do processo teleológico do Direito.

Pela nitidez da Constituição Federal, a lei penal não poderá retroagir, exceto para trazer benefícios ao réu. Dessa forma, há também muita clareza sobre a irretroatividade da lei quando visa empregos mais gravosos. É certa, portanto, a existência da ultratividade, observada na hipótese de uma lei continuar a surtir seus efeitos ainda que revogada, pois a lei que revogou trouxe prejuízos aos que se beneficiavam dela. Ou seja, a sua validade é prorrogada até que todos os que tiveram atos analisados sob a sua vigência estejam livres dos seus efeitos penalizadores. Da mesma forma, existirá retroatividade de uma norma que abrangerá todos os fatos ocorridos antes da sua entrada em vigor, sempre que essa lei revogue uma anterior que provocou penalidades mais graves a quem teve processos analisados sobre as suas regras. Em melhor escólio, toda norma de natureza material, abrangendo aquelas que possuem modificações processadas exclusivamente na área penal, as quais trazem inovações ou alterações em características e formas de interpretações de modelos criminais, terá irretroatividade em caso de *lex gravior* ou ultratividade em

caso de *minus gravi lege*, alcançando, inclusive, os casos já em processo de execução penal. (AVENA, 2020, p. 166).

De acordo com Prado (2019, p. 394), a “irretroatividade da lei penal consubstancia a garantia e a estabilidade do ordenamento jurídico, sem o qual não haveria condição preliminar de ordem e firmeza nas relações sociais e de segurança dos direitos individuais”. Trata-se de um princípio que constitui apenas uma regra geral, tanto em face do que contém o Art. 5º, XL, da CF/88, quanto ao *caput* Art. 2º do próprio Código Penal: “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. Demonstra-se, com isso, que cada crime deve ser invariavelmente enquadrado pela lei vigente na data da sua prática (*tempus regit actum*) por uma questão de segurança jurídica, que deve ser observada exclusivamente como extensão do princípio da legalidade, para resguardar o cidadão do caso de lei mais gravosa, visando garantir o comportamento social das surpresas estatais no uso do seu poder de punição e o uso da lei como elemento de adequação social (JAÉN VALLEJO, 1999, p. 24). A lei penal tem função de garantia da sociabilidade do ser humano, servindo como orientação de comportamento. Justificando, assim, que as alterações produzidas devem espelhar mudanças comportamentais que transcenderam os efeitos da sua existência. Daí a garantia de que as modificações não possam alcançar aquilo que elas deveriam modificar na sociedade, mas, ao contrário, serem flexíveis com aquilo que não foi eficaz na sua função. É a justificativa do *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* que caracteriza os termos da reserva legal penal.

Mas também é certo que a irretroatividade é transponível pela ultratividade, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo do Código Penal (CC): “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. A lei penal retroagirá em caso de *lex mitior*, quando, na data de prática do delito, vigorante a lei mais gravosa, o agente sofreu sanção mais prejudicial que a lei posterior, podendo, de ofício ou a requerimento do defensor, ser revista a sua situação penal, mesmo que haja sentença transitada em julgado. O princípio da igualdade, pela isonomia de tratamento, respalda a retroatividade da lei penal favorável (NAPPI, 2010, p. 43). Esse fundamento é

defendido pelo Supremo Tribunal Federal, conforme voto do Ministro Luiz Fux pronunciado no HC 119067 MC/PR, julgado em 28 de agosto de 2013:

O princípio da isonomia impede que dois sujeitos sejam apenados de forma distinta apenas em razão do tempo em que o fato foi praticado, porquanto a valoração das condutas deve ser idêntica antes e depois da promulgação da lei, exceto nos casos em que a legislação superveniente seja mais gravosa. A lei, expressão da democracia e garante das liberdades individuais, não pode ter a sua incidência manietada quando se trata de favorecer os direitos fundamentais, sendo esse o caso da *novatio legis in mellius*.

Toda emissão de lei, cuja intenção do legislador é modular o impacto do comportamento social, deve refletir nas decisões judiciais essa nova percepção menos rígida dos limites da sanção penal, por meio dos institutos *novatio legis in mellius* ou pelo *abolitio criminis*, devendo inserir sobre todos os casos anteriores que se enquadrem nessa novação, por uma questão de equidade. Afinal, inadmitir a existência de pessoas cumprirem penalidades diferentes pelo mesmo crime, cometidos nas mesmas bases e condições, porém em tempos distintos, é uma questão de justiça. Isto é a solidificação de uma preocupação eminentemente social a respeito de situações que merecem tratamento de maior abrandamento, e que não seja exclusivamente de ideários punitivos. Sobretudo, porque está exatamente na isonomia a estrutura de amparo à retroatividade da lei penal benéfica (NAPPI, 2010, p.43).

Em nome dessa isonomia não é viável acordar com a existência de um tratamento penal mais gravoso ao autor de um fato, ou mesmo excluí-lo do afastamento de trilhar um rito penal que tenha sido praticado antes de vigorar uma legislação que recrudescer as bases daquele ilícito penal. Também impõe garantia de igualdade a quem teve tratamento sob a égide de uma lei que veio a ser abrandada, por outra determinação legal posterior, para aquele mesmo crime respondido sob os parâmetros da nova lei mais benéfica. Sobretudo porque a nova lei é fruto da atualização do peso medido sobre a magnitude dos efeitos que uma lesão provoca no seio social. Não faz mérito de justiça a quem, tendo praticado um delito no tempo de uma ótica menos danosa da lesão, seja aplicada uma pena sob o ponto de vista da rigidez do novo olhar legislativo. Igualmente, não se defere dignidade a quem teve uma censura atribuída ao tempo de uma avaliação mais austera do comportamento humano e esteja cumprindo os seus efeitos no momento em que se atenuou essa austeridade. Afinal, no espectro das leis, o princípio da isonomia deve ser benfazejo e aplicado no sentido de não permitir que os agravamentos de circunstâncias na

legislação atinjam aqueles que não lhe eram afetos em tempos remotos e que estes sejam alcançados pelas atenuações legislativas inovadoras.

3.2 LEI PROCESSUAL PENAL NO TEMPO

A legislação processual penal brasileira já remonta 80 anos e já resistiu à promulgação de três Constituições Federais. Embora tenha sofrido centenas de alterações desde a sua criação, ela ainda possui uma boa parte dos textos originais. Consta-se, entretanto, que boa parte dessas mudanças concentrou no atual milênio, como boa lógica das modificações comportamentais da sociedade ocorrida nos últimos trinta anos. Ante a essas diferenças ocorridas socialmente em função do tempo, a atualização das leis para adequação social é um instrumento importante para concretização da justiça e eliminação das desigualdades que porventura ocorrem das alterações comportamentais da população. Diante da sucessão dessas leis para atualização teleológica do direito, dissecar os seus efeitos intertemporais representa caminhar na direção de ações de extrema seriedade e necessidade, sobretudo quando deparamos com um extraordinário avanço nas comunicações, mas não deparamos com a realidade de corresponderem os mesmos aprimoramentos no atual sistema processual penal.

Não se pode falar em lei processual penal no tempo sem citar a única citação dela ao efeito temporal que produz, ou seja, o que diz o seu Art. 2º: “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Esse artigo encontra paralelo no Art. 14 do Código de Processo Civil (CPC), o qual prevê que “a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”, dentro do que se domina por *tempus regit actum*.

Entende-se que a aplicação imediata da lei processual se fundamenta, segundo Lima (2010, p. 91), pelo fato de que “se presume seja ela mais perfeita do que a anterior, por atentar mais aos interesses da justiça, salvaguardar melhor o direito das partes, garantir defesa mais ampla ao acusado, etc.”. Trata-se de uma característica que comina com os melhores propósitos de equilíbrio entre as partes e promover condições do réu poder se defender de forma justa das acusações impostas.

Nesse cenário, Goldschmidt (2015, p. 313 e 314), justificando o caráter imediato da aplicação da Lei Processual, alega que os atos processuais praticados pelo magistrado e pelas partes são classificados como “apropriados” ou “defeituosos”, não existindo neles, se desprovidos de má fé, a figura de legalidade ou ilegalidade. Ainda ponderando a natureza dinâmica do processo penal, com característica de um “caminhar para frente” logo após a incidência de um fato tipificado na lei material, em que, esta, em oposição, tem propensão estática, não se verificando regramentos sequenciais para um mesmo tipo penal (GOLDSCHMIDT, 2015, p. 256). Na mesma linha, vê-se a posição de Carnelutti (2002, p. 57), que, ao sobressaltar particularizações existentes, aduz que, diferentemente da pureza e da incidência no “enquanto se faz” do direito penal, o direito processual é aplicado “depois do que já se fez”. Desta feita, pode se deduzir que esta “não está redigida nem como um mandamento, nem como um status, nem, tampouco, está escrita como uma delimitação jurídica para determinar a ilicitude da conduta humana” (COUTURE, 2001, p. 18).

Há de se acrescentar que a lei processual deve, mesmo destinada à apuração de fatos e condutas pretéritas passíveis de imputação criminosa, ser eminentemente voltada para os rituais do momento atual e daquilo que deve ser realizado à frente, concentrando atos processuais propulsivos, lineares, orientados ao futuro e trilham um caminho, além de dinâmicos, ter a aplicação imediata, sem irretroatividade, exatamente porque obedecem a um padrão de irreversibilidade, se praticados dentro das regras ditadas para a sua realização. Devendo, nesse propósito, ser levado em conta o princípio constitucional de proteção ao “direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (Art. 5º, XXXVI, da CF/88), além do respeito à eficácia da lei nova, que deve ser interpretada como uma evolução e melhoria do processo em geral. Por tudo isso, é adequado desfazer-se do ideário de exigência comparativa entre leis processuais novas e defasadas, com o fito de verificação de benefícios ou malefícios para qualquer das partes, sobretudo por inexistir determinação constitucional dessa natureza, como propiciada no direito material.

Portanto, conclui-se que as modificações de caráter puramente processuais penais, ao obter vigência, devem interferir exclusivamente nos novos atos do processo, desconstituindo obrigatoriedade de refazimento de atos anteriores, praticados à égide da lei superada pela atual. Deve-se ter presente que, mesmo os

atos pendentes, que deveriam ser efetivados no tempo da lei anterior, devem respeitar os dispositivos de lei nova para a realização.

Há, contudo, exceções pontuais a serem observadas, cuja regra geral é maleável, a respeito de aplicabilidade da lei processual no tempo. O caso mais emblemático situou-se com o advento da Lei 9.099/95, quando existe estipulação em seu Art. 90 de que não teria os seus termos aplicação no caso de processos em que já houvesse iniciada a instrução. Também digno de nota é a “Lei de Introdução ao Código de Processo Penal”, instituída pelo Decreto-lei nº 3931/1941, que criou modelos especiais de uso do novo instrumento processual, mormente no caso de leis temporais, quando fez reservas quanto aos processos em curso. Assim, determinou que se deve preservar o caso da lei mais favorável, nova ou antiga, quando for o caso de decretar fiança ou prisão preventiva. Ainda no mesmo vácuo, quando já iniciada a instrução pelo rito da lei antiga, ele deve ser preservado, mesmo tendo sido extinto pela lei nova. Claro que outros casos surgirão no futuro, onde a lei nova poderá especificamente determinar o comportamento processual em andamento, nos mesmos moldes daquele definido no Art. 90 da Lei 9.099/95, que prevalecerá sobre a regra geral. Contudo, sabe-se que o volume majoritário de normas processuais penais não define regras de transição, devendo prevalecer os quesitos genéricos do Art. 2º do CPP, além da, por analogia, regra geral do CPC.

3.3 DAS LEIS PROCESSUAIS QUE INERFEREM NO DIREITO MATERIAL

O maior problema das leis processuais reside no fato de que nem sempre elas são puramente processuais, pois, ao mexer nos aspectos ritualísticos e procedimentais, acabam por intervir no direito material. A estas os doutrinadores dão o nome de leis híbridas ou mistas, pois têm natureza dupla, possuindo característica processual, mas inserindo caráter penal quando do seu cumprimento, por ter influência, nas mais das vezes, no formato penalizador da norma, com interferências visíveis nos “efeitos da condenação e do direito de punir do Estado (v.g., causas extintivas da punibilidade)” (LIMA, 2020, p. 92). Desse modo, na ocorrência de uma lei que visa ter disciplinamento exclusivo no processo penal acabar por ter reflexos em regras penais de alçada do direito material, terá que obrigatoriamente, sofrer os efeitos na aplicação dos princípios da ultratividade e retroatividade da lei penal benéfica.

Na verdade, existem grandes embates no meio doutrinário a respeito da conceituação das normas híbridas, sobretudo quando não existe muita clareza dos efeitos penais imiscuídos em regras que deveriam ser unicamente processuais. Alguns entendem uma ampliação do que sejam normas híbridas, abrangendo todas as que trabalham “condições de procedibilidade, meios de prova, liberdade condicional, prisão preventiva, fiança, modalidade de execução da pena e todas as demais normas que produzam reflexos no direito de liberdade do agente” (LIMA, 2020, p. 92), as quais integram os direitos ou garantia constitucional do cidadão (BADARÓ, 2008, p. 22). Outros afirmam tratar-se daquelas que, mesmo estando amparando situações unicamente de procedimentos ritualísticos dos processos penais, possuem substância típica do exercício do *jus puniendi*, a exemplo das que interferem na decadência prescrição, perempção, perdão, direito de representação e queixa, negociações, acordos que envolvem mitigação da punibilidade, entre outros (NUCCI, 2008, p. 139). Em qualquer caso, existindo uma lei processual que cause efeitos no direito material, há de se ver aplicado todos os quesitos da lei penal no tempo, dentro dos princípios da ultratividade e da retroatividade da lei que melhore a situação do réu, como já estudado.

Não há de se descurar da existência de leis com conteúdo absolutamente materiais, mas que, em seus cumprimentos, vêm a interferir em ritualísticas e procedimentos processuais. Neste caso, para as rotinas processuais afetadas pelas leis dessa qualidade prevalece o contido no Art. 2º do CPP. Ou seja, elas produzem efeitos imediatos, dentro do *tempus regit actum*, sem, contudo, invalidar aqueles já realizados até a data da sua vigência, se praticados com respeito às normas vigentes na data de sua prática.

Na mesma linha das grandes dúvidas em identificar os efeitos penais em leis eminentemente processuais ou o contrário, vê-se pairar uma das grandes dificuldades da aplicação dos princípios da ultratividade, da retroatividade ou irretroatividade das leis processuais e leis penais. Tais leis, denominadas de heterotópicas, caracterizam-se por prever conteúdo exclusivamente de uma natureza, mas que, na sua essência, sem muita clareza ou definição, acaba por intervir em matéria de outra natureza, não objetivamente prevista inicialmente. Como bem observa Avena (2010, p. 65), ela

consiste na intromissão ou superposição de conteúdos materiais no âmbito de incidência de uma norma de natureza processual, ou vice-versa, produzindo efeitos em aspectos relacionados à ultratividade, retroatividade ou aplicação imediata (*tempus regit actum*) da lei.

Trata-se de tipos de normas que não têm aspecto de hibridez (natureza dupla), pois originalmente estão inseridas no diploma para o qual foram criadas, mas acabam modificando implicitamente regras de outra natureza. O Art. 186 do CPP é um dos exemplos, pois, como norma processual, garante, no interrogatório do réu, o direito ao silêncio. Contudo, trata-se de regra com fito visível de assegurar direito material previsto no Art. 5º, LXIII, da CF/88. De igual modo, uma norma material, como a prevista no Art. 109 da CF/88, tem viés puramente processual, ao definir a competência da Justiça Federal. De modo que muito cuidado deve ser dispensado nas armadilhas infiltradas nessas espécies de normas, pois trazem escondidas muitas surpresas de regras ocultas encrustadas, que embutem direitos sem qualquer visibilidade do que foi mostrado a priori. Assim, pode estar presente uma retroatividade da lei penal mais benéfica numa simples lei de conteúdo processual, ou o princípio da imediatidade da lei processual em uma norma que dá respaldo a um direito exclusivamente penal.

A identificação de um direito material presente em uma lei formal não é tão fácil como se imagina. A dificuldade de reconhecimento de um direito material já foi definida por Machado (2009, p. 212)

fenômeno muito mais complexo que não se deixa captar assim facilmente. Vale dizer, trata-se de um fenômeno que compreende tanto a lei quanto a norma, pois é inegável que o direito tem mesmo uma dimensão legal ou normativa, mas exibe outras dimensões como a ética, a econômica, a cultural, a política e a dimensão social. Além de complexo, é obvio que o direito, diferentemente do que ocorre com a lei e com a norma, é fenômeno dinâmico que se manifesta dialeticamente no plano também dinâmico do processo histórico, o qual, como se sabe, é mesmo um processo animado pelas lutas sociais.

Entretanto, o principal critério a ser observado, refere-se ao princípio da isonomia de tratamento. Então, em qualquer caso de instituição de lei processual, há uma regra básica: houve modificação no modo de tratamento do ser humano com o novo dispositivo? Caso afirmativo, há, nesse caso, grandes probabilidades de se ter atingido direitos individuais da população. Assim, a obrigatoriedade de verificar as regalias obtidas com o novo processo, deve necessariamente ser estendida aos que foram tratados pela lei antiga, dentro do princípio da isonomia, como observa Machado (2009, p. 253):

No que concerne às pessoas, é evidente que o princípio da igualdade, insculpido no art. 5º da Constituição de 1988, determina que a lei processual penal, em regra, seja aplicada a todos os indivíduos isonomicamente, sem distinções ou privilégios. Todavia, o próprio art. 1º do Código de Processo

Penal e a própria Constituição Federal (Art. 53) fazem algumas ressalvas que significam verdadeira exclusão de incidência da lei processual penal em relação a certas pessoas, sem que isso viesse a configurar privilégio ou impunidade. São os casos das imunidades diplomáticas e parlamentares, bem como das chamadas prerrogativas constitucionais de função.

Observado, todavia, que a busca de isonomia e igualdade alcança apenas os fins benéficos e retroativos, não cabendo garantir direitos da lei antiga a quem praticar delitos sob a égide da lei nova, excepcional ou temporária, no caso de *novatio legis in pejus*.

4 MINÚCIAS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Acordo de não persecução penal se refere à acomodação da jurisdição que, ao impor certas exigências legalmente estabelecidas como pré-requisitos, por liberalidade do Ministério Público favorece ao possível autor, de presumível ato punível em ação criminal, desde que assistido tecnicamente, probabilidade de se libertar da penosa burocracia de um procedimento acusatório penal, acenando com o desaparecimento dos efeitos de penalização que lhe seria imposta.

A inserção desse dispositivo no Processo Penal resume uma aspiração do legislador de amenizar a compulsoriedade da intervenção jurisdicional em matéria penal pública, já prevista em outros dispositivos esparsos pela legislação extravagante, como nos casos das medidas despenalizadoras dos Arts. 76, que oferece transação penal, e 89, referente à suspensão condicional do processo, da Lei 9.099/95, e da previsão de colaboração premiada dos parágrafos 3º e 4º do Art. 4º da Lei 12.850/13, entre outros.

Esse acordo de não persecução penal, que legalmente veio a ser regulamentado pela Lei 13.964/19, dentro de um conjunto de medidas de acirramento do combate à criminalidade, tinha orientação precedente tratada pelas Resoluções 181/17 e 183/18 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), veementemente questionadas por juristas renomados do país, que reclamavam de clara inconstitucionalidade, em face do que contém o § 2º do Art. 130-A, da CF/88, em face de que, entre todas as funções ali delineadas para os Promotores Públicos, não existe qualquer menção à possibilidade de interferir em medidas que amenizem situações penais de investigados, em troca de auxílio nas investigações, ou qualquer interferência no disciplinamento de atos processuais penais.

Para neutralizar os efeitos de diversas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade que já teriam sido protocoladas no Supremo Tribunal Federal (STF), a exemplo das ADIs 5790 e 5793, agora prejudicadas, o Congresso Nacional aprovou o pacote anticrime, através da Lei 13.964/19, e no seu Art. 3º, insere no CPP o Art. 28-A, que regulamentou oficialmente as Resoluções do CNMP, dando ares de legalidade ao procedimento em uso nos processos em andamento, estipulando regramentos como a seguir verificados:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que

necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

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

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

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - 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; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 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.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

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

§ 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 § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 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.

Há, entretanto, muitos pontos a serem observados no contexto dessas normas, que são de considerável interesse do meio jurídico, precisando levantar as devidas discussões, por estarem no epicentro de questões de formalização do acordo, além de repercussões no direito material e constitucional.

O primeiro ponto a ser discutido tem a ver com o histórico do surgimento do Acordo, para entendimento das razões de sua concepção, pois somente pelo passado da formação das ideias é possível se chegar ao presente com mais clareza e objetividade.

Entende que os primórdios da ideia têm raízes na *Common Law* e *Civil Law* do direito inglês, na medida em que alerta Azevedo (2014, p. 205) para

a famosa obra de RENÉ DAVID, Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, trazia direito comparado a partir de modelos, com três principais famílias – modelos do direito privado (que se caracterizaria como *civil law*), do direito comum inglês (*common law*) e os dos países socialistas.

Na *Common Law* é prosaica a existência da negociação judicial, sobretudo com a presença dos acordos penais, objetivando precipuamente se desviar do atulhamento do sistema judiciário, que se torna impotente em harmonizar aspectos procedimentais formais com a agilidade necessária de soluções em tempo razoável e satisfatório das demandas sociais concernentes à criminalidade (CUNHA et al, 2019, p. 202).

Ainda segundo Cunha et al (2019), há inequivocamente o entendimento sobre a influência do sistema inglês no Direito criminal Brasileiro, tanto na criação do Código Penal, quanto do Processo Penal Brasileiro. Percebe-se com nitidez que a *commonização* mostra que os modelos penais que sustentam o sistema penal brasileiro andam juntos, mesmo com a influência de acordos de não persecução penal distintos.

Dessa forma é que se desenvolveu, com o espelho em modelos internacionais, em especial o ingresso de padrão de justiça consensual, onde o ensejo das lides criminais reflete absorção de inovações ideológicas direcionadas para resoluções de

reduzido cunho retributivo, corretivo ou punitivo, mas, ao contrário, voltadas para menses proveitosas de reparação.

Circunstância que leva legisladores, com fulcro na opinião doutrinária, trazer aperfeiçoamentos dentro da segurança jurídica para rapidez na resposta aos embates judiciais, que permeiam não apenas nos estados iniciais dos procedimentos investigativos, como também na fase processual. Desse modo, as medidas despenalizadoras redundam em institutos formais para estimular a autocomposição entre litigantes, sem sobrecarregar o sistema judiciário. Nesse sentido, vê-se que, entre os desejos do legislador, é mister:

Imprimir celeridade na apuração do ilícito que foi perpetrado e evitar um longo processo para julgamento do caso são os atributos do acordo. Sem dúvidas, tal tratamento, que se aplica aos crimes de menor e médio potencial ofensivo, é paradigmático, mormente porque envolto a valores sobremaneira relevantes, sobretudo o *status libertatis* do investigado e a segurança pública (NETTO ET AL, 2020, p. 174).

Pode-se destacar a opinião de Lima (2020, p. 273), o qual discorre sobre argumentos que favorecem a criação do acordo:

Vários são os fatores que justificaram a sua criação, originariamente pela Resolução n. 181 do CNMP, e, posteriormente, pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19):

- a) exigência de soluções alternativas no processo penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves;
- b) priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves;
- c) 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.

Em razão disso, como verificado no enunciado do artigo inserido no CPP, só existe a possibilidade de concretização do acordo no período que precede a denúncia da prática do crime, exatamente com o objetivo de não produzir a ação penal, desafogando a sobrecarga de lides existentes nos cartórios criminais espalhados pelo país. Percebe-se, ainda, que a vedação de oferta do instituto durante o processo de instrução processual tem caráter de instigar a busca do acordo, em benefício tanto para as partes quanto para o Sistema Judiciário.

Há diversos questionamentos, no entanto, que marcam o surgimento desse novo dispositivo. Suspeita-se que a crítica jurídica nacional e internacional não enxerga nesse dispositivo específico qualquer avanço na linha de acirrar o combate criminal, mas, ao contrário, estimula mais ainda a impunidade a crimes, desta vez, não tão inexpressivos, de vez que ampliará a escapatória de um processo penal a

crimes que possuem certa gravidade, desde que não sejam praticados: com violência ou grave ameaça; por reincidentes ou beneficiários de acordo já efetivado nos últimos 5 anos; por quem se envolva em violência doméstica e familiar, e contra a mulher em face dessa condição.

A medida alcançará alguns crimes nada inofensivos como, por exemplo:

- a) corrupção passiva (Art. 317, do CP), com pena máxima de 12 anos;
- b) corrupção passiva, com aumento de pena (Art. 317, § 2º, do CP), tendo pena máxima de até 16 anos;
- c) corrupção ativa (Art. 333, do CP), com pena máxima de 12 anos;
- d) corrupção ativa, aumento de pena (Art. 333, Parágrafo Único, do CP), podendo atingir pena máxima de 16 anos;
- e) moeda falsa, na forma qualificada (Art. 289, § 3º, do CP), possuindo pena máxima prevista de 15 anos;
- f) crimes assimilados ao de moeda falsa (Art. 290, do CP), com pena máxima prevista de 8 anos;
- g) crimes assimilados ao de moeda falsa, com o aumento (Art. 290, Parágrafo Único, do CP), com pena máxima prevista de 12 anos;
- h) peculato (Art. 312, do CP), com pena máxima de 12 anos;
- i) inserção de dados falsos em sistema de informações (Art. 313-A, do CP), com pena máxima de 12 anos;
- j) concussão (Art. 316, do CP), com pena máxima de 12 anos;
- k) excesso de exação (Art. 316, § 1º, do CP), com pena máxima de 8 anos;
- l) excesso de exação, na forma qualificada (Art. 316, § 2º, do CP), com pena máxima de 12 anos;
- m) redução à condição análoga à de escravo (Art.149, do CP), cuja pena máxima atinge 8 anos;
- n) redução à condição análoga à de escravo, com aumento de pena (Art. 149, § 2º, do CP), que chega à pena máxima de 12 anos;
- o) mediação para servir a lascívia de outrem, na forma qualificada (Art. 227, § 2º, do CP), com prisão máxima de 8 anos;
- p) mediação para servir a lascívia de outrem, na forma qualificada, com aumentos de pena (Art.234-A, III e IV, do CP), com pena máxima chegando a 8 anos e 4 meses ou 12 anos;

- q) lavagem de dinheiro (Art. 1º, da Lei nº 9.613/98), cuja pena máxima pode atingir 10 anos;

Ainda é importante observar que, nada obstante seja o assunto de matéria processual, trata-se de dispositivo que indubitavelmente alveja o direito penal, quando mexe no mérito penalizador de atos praticados correlacionados com crimes tipificados legalmente e com penas cominadas, devendo, dessa forma, ser observado o princípio da anterioridade benéfica da lei penal, mormente por ser possível considerar essa intervenção no processo penal como uma legislação híbrida. Circunstância que força o aparecimento de pensamentos sobre a extensão do benefício a casos em andamento e, quiçá, naqueles já transitados em julgado.

Correntes doutrinárias se opõem a essa hipótese, por não haver lei que expressamente admita essa possibilidade. Além de ampliar alegações de inadequação de todo e qualquer acordo na forma estabelecida para as ações penais públicas incondicionadas, por entender não haver permissão para acolher mitigação do princípio da indisponibilidade desse tipo lide, como estabelecido nos Arts. 24 e 42 do CPP. Mas não questionam, contudo, para os casos da ação pública condicionada, por estar mais próxima dos princípios da composição entre litigantes.

Independente do posicionamento de doutrinadores, não tem como não se referir ao pensamento social sobre o assunto. Ora, se os acordos efetuados na fase de instrução, que possuem critérios objetivos de aplicabilidade, já sofrem críticas homéricas de segmentos sociais, preocupados com os aspectos de impunidade, imagina um acordo que é totalmente costurado na base dos critérios subjetivos da discricionariedade do Ministério Público? Até porque não há como negar que o novo instituto recrudescer consideravelmente a impunidade penal, quando um dos requisitos objetivos para obtenção da despenalização foi ampliado assustadoramente, qual seja o de ter ampliado o critério de pena mínima em abstrato para se ter acesso ao acordo. Com isso, mostra-se quão grande foi a incidência da ânsia de impunidade dos legisladores brasileiros, sobretudo porque foram incluídos crimes extremamente graves, muitos deles de enorme poder ofensivo, mais propensos a serem cometidos pelos próprios parlamentares criadores do dispositivo, tais como o peculato e a corrupção passiva, previstos nos Arts. 312 e 317 do Código Penal (CP), além da lavagem de dinheiro, prevista no Art. 1ª da Lei 9.613/98, e muitos outros que, se aqui

discorridos, consumiriam centenas de linhas a mais no presente trabalho, sem representar necessária utilidade.

O novo Art. 28-A do CPP estabelece objetivamente algumas condições para o Ministério Público negociar com o investigado e o seu defensor, elencadas nos incisos I a IV do *caput* do artigo, e “cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada”, descrito no inciso V, as quais serão estudadas pormenorizadamente mais à frente. Condições estas que guardam similaridade com aquelas estabelecidas em sentença, apenas mitigando os efeitos provocados por estas, conforme mostra o § 12 do mesmo artigo, que prevê a não inclusão em certidões criminais dos acordos levados a efeito para evitar a ação penal, exceto na hipótese de haver novo acordo antes de 5 anos do primeiro.

Inicialmente, cabe ver com mais riqueza de detalhes os critérios básicos essenciais que norteiam a realização do acordo de não persecução penal.

4.1 CRITÉRIOS FUNDAMENTAIS PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO

Primeiramente, cabe destacar que não há o que se discutir sobre termo de abertura do Art. 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 13.964/19, pois, ao explicitar literalmente que “não sendo o caso de arquivamento”, deve-se corroborar integralmente posição de Avena (2020, p. 596), que conclui acertadamente, sob concordância de inúmeros doutrinadores:

Ora, os casos de arquivamento vinculam-se à ausência de indícios de autoria, de prova de materialidade do delito, de atipicidade da conduta e de já se encontrar extinta a punibilidade. Mais recentemente, embora sob o ponto de vista eminentemente técnico jurídico não haja amparo legal, a doutrina tem considerado possível o arquivamento do inquérito também nas situações em que for manifesta a presença de causa excludente do crime ou de culpabilidade (exceto a inimputabilidade). Pois bem, ocorrentes estas hipóteses de arquivamento, descabe ao Ministério Público formular a proposta visando, com isto, a contornar o impedimento legal decorrente da falta de justa causa para o oferecimento da denúncia.

Porém, não se pode falar o mesmo da confissão formal e circunstancial, com que abre os critérios fundamentais para concretização do acordo, de vez que traz o começo de discussões óbvias sobre a sua validade. Cabe antes de tudo esclarecer que o termo “formal” é entendido como “expresso”, ou “por escrito”, mesmo que isso não esteja literalmente atrelado ao texto do artigo. Além disso, a confissão deve ter

grafadas as circunstâncias detalhadas da prática do crime para ser válida. Conforme também entende Avena (2020, p. 600), o termo da confissão escrita deverá ser uma das peças do acordo, com referências claras a ele, sendo que a incompletude da confissão, ou com alegações que excluem elementos que desconfiguram a existência do crime (excludentes de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade), denominada de confissão qualificada, não fornece viabilidade para o ajuste. Alega ainda o mesmo autor, em relação ao concurso de pessoas, não haver obrigatoriedade de delação dos demais participantes para viabilizar o acordo, pela razão de que isso se presta a instruir outros institutos despenalizadores distintos do acordo de não persecução penal.

O fato é que boa parte da doutrina diverge entre os que têm óbices à exigência da confissão como elemento indispensável ao acordo, sob alegação de inconstitucionalidade desse critério essencial do acordo, e aqueles que não vê dificuldades na aplicação do dispositivo da confissão. O próprio Avena (2020, p. 600) alega não aventar inconstitucionalidade, pela característica de voluntariedade do investigado o qual tem o livre arbítrio para confessar e realizar o acordo, não constituindo qualquer constrangimento para que o aceite. Acrescenta ainda que a sujeição de todas as condições para realização de acordos é parte natural, porém não obrigatória, tendo a liberdade de, se do seu desejo, continuar o processo e ficar à mercê dos riscos da pena a ser imposta, ou, simplesmente, celebrar o acordo e obter a extinção da punibilidade, conforme previsto no § 13 do Art. 28-A em discussão.

Os principais questionamentos de inconstitucionalidade da confissão referem-se à violação “ao princípio da presunção de inocência e o princípio de que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo” (BETTA, 2020). De logo, percebe-se frontalmente a contrariedade da tutela constitucional de que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”, prevista no Art. 5º, inciso LXIII, da CF/88, além da previsão supralegal do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, que recepciona a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, em seu Art. 8º, item 2, alínea “g”, que diz literalmente:

Art. 8º Garantias Judiciais

...

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

...

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

Para o caso da confissão exigida no acordo de não persecução penal, Santos e Sales (2020, p. 41) indagam: “haveria violação ao *nemo tenetur*?” Como resposta mitiga a gravidade alegando que, “embora a matriz principiológica desse princípio impede que o Estado obrigue o investigado a produzir prova contra si mesmo”, contudo, legalmente, não é vedado que o réu possa, por sua livre e espontânea vontade, produzir qualquer prova contra si mesmo. Há, no entanto, proibição expressa de constranger o investigado de fornecer informações que possam servir para incriminação própria. Por isso contemporiza:

Nos acordos de não persecução, o investigado abdica do silêncio, em confissão, na busca do benefício premial. A confissão, no acordo de não persecução, não se presta a produzir qualquer efeito sobre a culpabilidade do investigado, uma vez que não temos sentença penal condenatória. As medidas e condições fixadas para gozo do benefício premial não têm natureza jurídica de pena, razão pela qual reforça-se a inexistência de violação ao direito ao silêncio e ao *nemo tenetur*.

Questiona ainda Santos e Sales (2020, p. 42), sobre “ao optar pelos acordos de não persecução, estaria o investigado abdicando de algumas garantias constitucionalmente contempladas em nossa Carta Magna? Pode um indivíduo renunciar aos direitos e às garantias individuais, como o contraditório, a ampla defesa, o silêncio, etc.?” Canotilho (2007, p. 464) esclarece que seria uma resposta antecipada, ao afirmar que a qualquer investigado que preferir se livrar de uma “dilação processual”, como resultado de uma negociação penal, deseja com o ato a obtenção de vantagens consideradas muito superiores ao direito fundamental renunciado. Para se beneficiar do prêmio da isenção penal, está-se sujeitando a uma clara diminuição das garantias individuais, consubstanciadas em direitos basilares (MAC CRORIE, 2013, p. 27). Tal enfraquecimento na garantia de direitos possui defesa, na medida em que a Constituição Federal representa um aparelho de Estado na proteção do cidadão, porém o limite dessa defesa é o próprio titular do direito. Certo é que o paternalismo estatal não deve defender o acusado dele próprio, pois o beneficiário do direito, agraciado na carta magna, é o credenciado a entender a essencialidade de exercê-lo ou não. Assim, considera-se que a concepção própria do interessado deve exceder as pretensões do Estado ao cuidar dos direitos e garantias individuais.

A maior dificuldade ao acordo de não persecução penal é a suspeita de propensão de constrangimento ao acusado de assumir inconscientemente a culpa sob

o receio de lhe advir uma pena muito maior que a merecida (SALES e SANTOS, 2020, p. 48). Não há dúvidas de que permeia, mesmo que velada, uma força coercitiva no modelo processual penal, que acaba, pelo pânico, instigando pessoas a agirem diferente do que desejavam, ou mesmo travando as funções cerebrais de consciência do que dizem ou fazem. Como resultado, acabam por tomarem decisões inconsciente, ou com déficit de consciência, que tendem a prejudicá-las no resultado dos processos. É possível que seja essa a razão da decisão do constituinte de inserir o direito ao silêncio no texto magno.

Nesse contexto, bastaria à promotoria meramente descrever as consequências do crime pretensamente imputável ao investigado, que lhe surgiria no subconsciente como uma ameaça de punição rígida, maximizando, mesmo que inconscientemente, o valor do ilícito cometido. Dessa forma, estaria deflagrado um fenômeno denominado *overcharging*, considerado uma acusação inflada, superior à realidade, redundando em disfarçada imposição de pressão para se aceitar termos de acordo que parecem solução ao abrandamento do seu calvário. A isto subentende-se - por serem premissas de antecipação de julgamento, só possíveis depois de uma instrução, quando os meios probatórios poderiam ser considerados realidade - uma 'coação' moral ilícita, tão ou mais grave quanto a coerção física para se obter uma confissão, muito utilizada em tempos não muito distantes. (RODRIGUEZ, 1996, p. 151.).

Nada obstante as previsões do Art. 197 do CPP, "o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância". Em caso de não homologação do acordo, ou do seu descumprimento, e a retomada da ação para aquele crime, na forma dos §§ 8º e 10 do Art. 28-A, a confissão efetuada por poder instigar, mesmo que inconscientemente, o livre convencimento do magistrado, terá grande influência no resultado do processo. Podendo, assim, causar sérios prejuízos ao réu, quando, em boa parte das vezes, foi emitida com o objetivo de fugir das enormes dificuldades de se tentar provar uma inocência em juízo, mesmo sendo ela real, ou se livrar das agruras e inconvenientes de uma instrução penal. Até porque, é muito provável que o Promotor Público utilize a confissão como elemento para sustentar a sua denúncia, quando, na verdade, ela só pode ser considerada espontânea se produzida na forma

do Art. 199 do CPP, ou seja, emitida na audiência de instrução ou em instrumento dentro dos autos já iniciados.

Esta situação é provisória, pois os Arts. 3º-B a 3º-F do CPP estão suspensos por Medida Cautelar despachada pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, relator das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, impetradas contra as medidas de combate à criminalidade implementadas pela lei 13.964/19, mais especificamente sobre a instalação do Juiz de Garantia em todas as Comarcas Judiciárias do Brasil, instituídas pelos artigos citados. Caso estivessem em vigor os referidos artigos, ter-se-ia a separação das funções do Juiz de Garantia e do Juiz de Instrução Processual, em que o primeiro cuidaria dos atos ocorridos na parte investigativa até o recebimento da denúncia e o segundo não poderia ter acesso ao conjunto probatório da fase investigativa, mas produziria as próprias provas no curso do processo instaurado após o recebimento da denúncia, salvo aquelas que não puderem ser repetidas na fase de instrução e aquelas previstas em Lei. Portanto, o acordo de não persecução penal seria homologado pelo Juiz de Garantias, não acompanhando a denúncia, nos casos previstos no Art. 28-A, §§ 8º e 10. Porém, se as ADIs citadas forem julgadas procedentes, haverá, sim, um claro incidente de inconstitucionalidade no processamento da confissão formalizada expressamente fora da instrução processual. Contudo, sendo elas julgadas improcedentes, não haverá como alegar problemas no procedimento, posto que os Arts. 3-A a 3-F do CPP dão amparo e regularidade à possibilidade da confissão, exceto os aspectos da violação ao direito ao silêncio e não autoincriminação.

Em qualquer situação, nas negociações do acordo deve o Ministério Público deixar claro ao investigado e ao seu defensor técnico os atos que lhe são imputados, que serão passáveis de serem denunciados, as possíveis cominações previstas para o crime praticado e os efeitos penais prováveis, caso não se efetive o acordo, os quais deverão constar da confissão e do termo do acordo tentado.

Dando seguimento em relação aos demais critérios fundamentais aqui tratados, passa-se às segunda e terceira exigências de formulação do acordo, qual sejam a de ser infrações penais praticadas sem grave ameaça ou violência e que tenham pena mínima cominada inferior a 4 anos. Requisitos estes que ampliam consideravelmente as possibilidades de realização do acordo, pelo número de fatos típicos abrangidos, porém sem muito impacto no contexto criminal, por não serem os crimes sem violência

ou grave ameaça o grande número de práticas criminais que transitam nos tribunais, os quais representam em torno de 14% de todas as ações transitadas no judiciário (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 194).

O acordo de não persecução penal é, como visto anteriormente, um instrumento que modera a indisponibilidade da ação penal pública e, teoricamente, não deveria, observando todos os cuidados descritos na Lei para a sua realização, alterar os objetivos de repressão e prevenção de infrações penais, nas mesmas circunstâncias da existência da persecução penal e da sentença condenatória dela decorrente. A limitação estabelecida pode autorizar acordo apenas dos crimes cuja pena mínima seja inferior a 4 anos e praticados sem violência ou grave ameaça, exatamente pela conjectura de mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento praticado e inexpressividade da lesão ao bem jurídico, típicos do princípio da insignificância ou bagatela. Assim, ao não verificar as condições do acordo de persecução penal nestas hipóteses objetivas, levando-se em conta também outros critérios subjetivos de sua alçada, o Ministério Público não poderá levar a efeito o acordo com o investigado. Devendo acrescentar que as majorantes e causas de diminuição de pena, previstas para cada crime tipificado, ou mesmo as genéricas da Parte Geral do Código Penal, devem ser somadas ou diminuídas na pena mínima cominada para a infração penal, para fins de aquilatar o enquadramento no acordo de não persecução penal, conforme § 1º do Art. 28-A do CPP.

Porém, é fácil verificar, ao analisar os casos abrangidos pela possibilidade dos acordos dentro das regras estabelecidas pelos Art. 28-A do CPP, que a extensão dos crimes abrangidos atingiu possibilidades delituosas pouco consideradas de conteúdo insignificantes, como, por exemplo, crimes com pena máxima cominada de até 12 anos de prisão, que são perfeitamente passíveis do acordo de não persecução penal, mas que alimentam clamor social contra a nítida negligência à luta pelo fim da impunidade, sobretudo quando estranhamente advém de dentro de um instrumento que visa exatamente combater a criminalidade no país.

Percebe-se que o legislador teria como principal intenção considerar a baixa gravidade abstrata das infrações para terem alcance ao acordo. Segundo Avena (2020, p. 597), estas limitações são instituídas “por questão de política criminal”, em que há abrangência, ao utilizar a expressão “infração penal”, de crimes e

contravenções penais. Deve-se observar também que os termos “sem violência ou grave ameaça”, passam unicamente por atos contra as pessoas, por obviedade, sem abarcar danos materiais.

Não há como deixar de abordar a situação dos crimes culposos, que não existe particularização nos termos do Art. 28-A, levando à analogia de que, em qualquer caso, não tem de ser analisada a natureza subjetiva do crime (dolo ou culpa) para obtenção do acordo, desde que atendidos os demais critérios para obtenção do ajuste. Há, inclusive, uma marca característica da cominação de penas em qualquer dispositivo legal, em fazer diferenciação ao crime culposo na aplicação de qualquer instituto despenalizador, nas majorantes ou e nos casos de diminuição de pena, em comparação com o crime doloso, induzindo, também por analogia, que qualquer crime culposo poderia estar amparado pelo acordo de não persecução penal, mesmo que não atendidos os critérios objetivos instituídos para o acordo, excetos os casos enquadrados nos incisos II e III, do § 2º do artigo citado (casos de reincidência ou beneficiários do acordo nos últimos 5 anos). Sobretudo não podendo confundir os casos de lesão corporal culposa como se, alegando similaridade, fosse considerado violência que impediria a formalização do acordo, pois não há dúvida de que a “violência” descrita nos dispositivos se referem àquela praticada com dolo.

Por fim, ao passar para os critérios essenciais subjetivos, descritos no caput do Art. 28-A do CPP, vislumbra-se que é demasiadamente discricionária a regra estipulada para formalização do ajuste, em que fixa que ele será realizado “desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

A subjetividade da análise paira na exclusiva opinião do Promotor Público, que posteriormente será avaliada pelo Juiz de Garantias - ou da instrução processual, neste caso, enquanto permanecer pendente o julgamento das ADIs, citadas anteriormente, em andamento no STF, ou se julgadas procedentes - ficando, entretanto, a decisão de concretizar ou não o acordo vinculada exclusivamente ao arbítrio pessoal das autoridades envolvidas (Promotor ou Juiz, este apenas na homologação). Afinal medir a necessidade ou suficiência de reprovação ou prevenção está desvinculado de qualquer parâmetro certo e conhecido, cuja cujos critérios são individuais. Assim, verifica-se que, antes de tudo, o acordo estará preso exclusivamente à boa vontade da promotoria, ou do juiz que o homologar, que têm como régua apenas o desejo de concretizá-lo, até porque a norma não exige

fundamentação idônea para justificar a sua decisão, na forma recomendada em outros institutos, como nas decisões de medidas cautelares e sentenças, por exemplo.

O acordo de não persecução penal ainda contempla outros critérios condicionais para a sua realização, com serão vistos à frente.

4.2 OUTRAS CONDIÇÕES DO ACORDO

Está bem caracterizado nos incisos I a V do *caput* do Art. 28-A do CPP, adicionado pela Lei 13.964/19, requisitos adicionais para tornar válido o acordo de não persecução penal, resumidamente, de reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, quando possível; renunciar aos bens e direitos adquiridos com o produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada; pagar prestação pecuniária; cumprir outra condição indicada pelo Ministério Público (Art. 28-A, incisos I a V, do CPP).

Na verdade, ao invés de condições, trata-se de obrigações inerentes ao ajuste, passíveis de serem impostas compulsoriamente pelo Ministério Público ao investigado, que delas não pode se eximir ou questionar, exceto no caso daquelas de ordem econômica, exclusivamente quando não estejam presentes no caso penal em análise ou não possuir comprovadamente condições financeiras para reparar o dano ou pagar a prestação pecuniária.

Cabe ressaltar que esses encargos não podem ser confundidos com a aplicação de pena, porque, no caso do acordo de não persecução penal, estão permitidos sem a instalação do devido processo legal, mesmo guardando similaridade com outros dispositivos penalizadores admitidos, como por exemplo, entre outros, os previstos no Art. 43, incisos I, II e IV, do Código Penal, que prevê que as penas restritivas de direitos compreendem: “I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; e IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas”, e no Art. 89, § 1º, da Lei 9.099/1995, onde determina “reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo”, como condição para a suspensão condicional do processo, além dos incisos I e II do Art. 91, do Código Penal, os quais dizem que são efeitos da condenação:

- I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; e
- II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa fé:

- a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;
- b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Entende-se que, havendo dano na atitude investigada, a existência de tópico no ajuste que determina a reparação das perdas provocadas é imperativa, mesmo que o investigado em princípio não tenha condições de arcar com o seu valor, desde que consignada essa situação e haja compromisso de realizá-lo tão logo possa fazê-lo, podendo inclusive haver parcelamento dentro das possibilidades do acusado, pois visa atender “o princípio da máxima efetividade na tutela dos bens jurídicos” (Avena, 2020, p. 157). Dessa forma, o máximo cuidado deve ser dispensado na coleta de provas pelos encarregados da investigação, com o intuito de levantar todos os danos ocasionados, para que a reparação reflita bem a realidade dos prejuízos ocorridos.

Na renúncia a “bens e direitos” oriundos de proveitos obtidos pela prática da infração penal, embora esteja previsto que eles serão “indicados pelo Ministério Público”, a perda ocorrerá dentro de limites estabelecidos em lei, mais especificamente dentro das regras do Art. 91-A do Código Penal, que estabelece no seu caput:

na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

Claro que o dispositivo está disciplinando os casos ocorridos dentro da persecução penal, mas é óbvio que, tudo que for feito fora dela, não poderá ultrapassar essas regras, pelo simples fato de que o acordo de não persecução penal não poderá, sob nenhuma hipótese, ser mais danoso que aquilo que está dentro do processo legal. Dessa forma, os crimes que tiverem pena máxima abstrata cominada inferior ou igual a 6 anos, não poderão ter bens patrimoniais renunciados na celebração do acordo, por justa analogia ao caso enquadrado na norma destacada. Seguindo a mesma lógica, a definição do patrimônio, bem como outros critérios a serem verificados, devem seguir também o que estipula os §§ 1º a 5º do mesmo artigo.

§ 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

- I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e
- II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.

Em relação à prestação de “serviços à comunidade ou a entidades públicas”, cabe destacar apenas que, no acordo, o tempo de prestação dos serviços é reduzido de um a dois terços, aplicado sobre o tempo da pena mínima em abstrato prevista para a infração penal pretensamente imputável ao investigado, diferentemente dos casos sentenciados, cujo prazo é o da pena concreta, podendo o apenado reduzir pela metade com o acúmulo de horas de serviço.

A obrigação de “pagar prestação pecuniária”, conforme estipulado no inciso IV do Art. 28-A do CPP, estabelece que o valor deve ser direcionado de preferência a entidades dedicadas a proteger bens jurídicos da mesma natureza dos lesados pelo delito, promovendo assim a interpretação lógica de que ela não pode ser incluída no acordo em caso de lesões que não possuam danos de natureza econômica ou financeira, não sendo, portanto, de caráter compulsório. Também em face do que contém o § 1º do Art. 45 do Código Penal, cujo valor deverá estar situado na faixa de 1 e 360 salários mínimos e, por analogia, deve ser observado o mesmo critério da reparação do dano, sobre a ressalva da impossibilidade de fazê-lo, descrito no inciso I do Art. 28-A do CPP.

Por fim, há a possibilidade de estabelecer o cumprimento “por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada”. Devem guardar similaridade com disposto no art. 89, §2º, da Lei n. 9.099/95, deduzindo tratar-se de obrigação que deve: respeitar os “princípios da adequação e da proporcionalidade”; e guardar compatibilidade e consonância com a infração possivelmente praticada; e, além disso, também por analogia, cumpre vincular-se à condição pessoal do acusado. Sustentado em entendimentos jurisprudenciais consubstanciados para a aplicação do Art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/95, é salutar ponderar que tais obrigações precisam estar

circunscritas à “interdição temporária de direitos e limitações de final de semana, previstas nos Arts. 47 e 48 do Código Penal, posto se tratar de condições máximas permitidas para os casos de sentença condenatória e, por pura obviedade, o acordo não poderá conter prescrições mais gravosas ou sem previsão legal.

Também fica claro que essas condições não devem ter predisposição de punição do investigado, outrossim, interessa-se na adoção de “autodisciplina e senso de responsabilidade na busca da ressocialização, corroborando a desnecessidade de deflagração da *persecutio criminis in iudicio*” (LIMA, 2020, p. 284). Mesmo não previsto no Art. 28-A do CPP, ou nas disposições do Código Penal, não pode ser considerado abusivo inserir a exigência de comunicação ao Ministério Público da ocorrência de mudança de endereço, físico e eletrônico, telefone e comprovação periódica da satisfação das condições requeridas, preferencialmente por diligência própria, inclusive adiantando justificativas pelo não cumprimento de qualquer das condições elencadas, malgrado as possíveis notificações a respeito, inobstante não sejam expressamente previstas no art. 28-A do CPP. Até porque já foi objeto de recomendação no Enunciado n. 26 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE), chancelado pelo Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM):

Deverá constar expressamente no termo de acordo de não persecução penal as consequências para o descumprimento das condições acordadas, bem como o compromisso do investigado em comprovar o cumprimento das condições, independentemente de notificação.

Há ainda a necessidade de expor questões que dificultam ou impedem a realização do acordo, que serão vistas adiante.

4.3 ÓBICES AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Há plausibilidade em iniciar pelos critérios do § 2º do Art. 28-A do CPP, cujos incisos vedam a realização do acordo de não persecução penal. Claro que, além de condicionantes de ordem objetivas e subjetivas, que balizam o enquadramento do acordo, existem outros marcos que impedem a sua realização, pois agridem padrões determinadores da boa prática da justiça, ferem outros dispositivos já postos ou são incompatíveis com outras práticas mais benéficas ao principal interessado, o investigado.

Primeiramente cabe destacar que já possuem formas de trabalhar determinados institutos descriminalizadores em que deve ser primeiramente analisada a sua aplicação no caso em concreto, antes de se cogitar o acordo de não persecução penal. Assim, a criação do instituto constrói barreiras na sua concretização, quando determina que outros institutos mais favoráveis devem preceder a realização do acordo, como os descritos na Lei 9.099/95, que institui os Juizados Especiais Criminais. Assim, quando o crime é de menor poder lesivo, deve ser manuseado pelo Juizado Especial e oferecido os modelos de despenalização dentro de regras e condições abrigados na lei que os criou e regulamentou. São consideradas assim as infrações penais em que são cominadas pena de Reclusão ou Detenção máxima de até dois anos, conforme Art. 61 da mesma lei, cabendo sobre elas a substituição por Pena Restritiva de Direito, nos moldes do *caput* do seu Art. 76, e não estejam presentes as vedações do § 2º do mesmo artigo.

A polêmica, contudo, gira em torno do uso, dentro do inciso I do § 2º do Art. 28-A do CPP, da expressão “transação penal”, para a qual não há definição exata do significado, fica a dúvida: qual o alcance dessa transação penal? Abrange apenas a substituição da pena prevista no Art. 76, ou vale também para a Suspensão Condicional do Processo prevista no Art. 89, ambos da Lei 9099/95? Na verdade, a transação pode ser um ajuste feito entre o Promotor Público de Justiça e o acusado, em que este concorda em satisfazer determinadas condições pactuadas, para que o processo seja arquivado, possibilitando evitar a análise do mérito penal com uma possível condenação e livrando-se o acusado do registro criminal do fato. Sendo assim fica sanada a controvérsia, pois os critérios previstos no Art. 89 da Lei 9.099/95 não se encaixam nessa definição, pois, no caso, não há ajuste, mas uma proposta do Ministério Público, inserida na denúncia, para o magistrado que efetuar o seu recebimento, decida sobre deferir a suspensão condicional do processo, por tempo situado entre 2 a 4 anos.

Assim, tanto a suspensão condicional do processo, do Artigo 89 da Lei 9.099/95, quanto o acordo de não persecução penal, do Art. 28-A do CPP, tratam-se de institutos similares, mas colocados em prática em momentos diferentes. Não há dúvida que o acordo de não persecução penal, que é passível de colocação ainda na fase pré-processual, tem a prioridade na tentativa de uso e, em caso de impossibilidade da sua realização, há a saída de, desde que haja perfeito

enquadramento nas regras do Art. 89 da Lei 9.099/95, ser proposta a denúncia com sugestão de aplicação da suspensão condicional do processo, para que o juiz, em fase posterior, tendo ouvido o acusado e seu defensor, tome a decisão de sua concretização.

Tratando-se agora da reincidência, ela é critério de restrição para quase todos os dispositivos de melhoria da situação dos acusados ou investigados, sempre verificada quando o autor de um crime é condenado por outro crime, com sentença transitada em julgado, e que está sendo cumprida a pena decretada, ou ainda não se passaram 5 anos do seu cumprimento, conforme critério do Art. 64 do Código Penal. Esta é uma condição objetiva que veda a maioria das bonificações penais e não seria diferente para impedir a realização do acordo de não persecução penal, como verificado no inciso II do § 2º do Art. 28-A do CPP. Embora existam casos que vedam apenas os casos de reincidência específica no crime em análise. Porém, neste caso, não se aplica essa liberalidade, sendo vedado o acordo para a existência de condenação em qualquer crime, inclusive os culposos e as contravenções penais, pela ausência de exclusão.

Contudo, há de se registrar um aspecto subjetivo inserido no § 2º do Art. 28-A do CPP, que traz insegurança na sua aplicação, qual seja, a proibição do acordo em caso de haver “elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas”. Há sinceras dificuldades em tornar claro o que seja “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”, bem como do que se pode considerar como “insignificantes as infrações penais”. A anterioridade criminal é legalmente consolidada na reincidência e nos maus antecedentes, estes definidos quando o investigado tem outros crimes cometidos com condenações transitadas em julgado que esteja fora dos critérios da reincidência, sendo inconstitucional qualquer interpretação em contrário, em face da presunção de inocência solidificada inciso LVII do Art. 5º da CF/88.

Dessa forma, definir critérios criminais que agravam ou impossibilitam facilidades penais, fora das situações legais de reincidência e antecedentes, vai sempre causar reclamações de inconstitucionalidades das regras que os instituir, sob alegações de violação dos critérios de presunção de inocência. Ao citar os termos “habitual” e “reiterada”, refere-se ao agente que faz do crime o seu meio de vida, profissional, aquele que vive do crime. Mas tem outra forma de avaliar essa condição,

fora da quantidade de crimes em que o investigado já foi condenado? Pelas regras penais em vigor, antes da condenação não existe criminoso e, por conseguinte, não existe crime habitual, sem uma multiplicidade de condenações por diversos crimes para o mesmo agente (LIMA, 2020, p. 278). Qualquer outra forma de avaliação dessa característica perde-se em ilegalidades, invalidando a decisão que definiu a habitualidade. Nesse diapasão, a simples reincidência é o elemento determinante para não realização do acordo.

Entende-se, portanto, que a citação dessa habitualidade tem de fato a intenção de buscar uma outra característica para viabilizar o acordo de não persecução penal: a insignificância das condenações. Ou seja, a reincidência e os antecedentes, mesmo que constituam em uma habitualidade, devem ser avaliados pela significância dos crimes condenados, os quais serão desprezados pelo valor ínfimo como a gravidade das ofensas ao bem jurídico, nos termos do princípio da insignificância. Situação que, também, não se prospera em magnitude, pois é muito provável que os crimes que se amparam no princípio da insignificância ou da bagatela (mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada), é muito provável que não tenham gerado condenações, pela atipicidade criminal geradora de absolvição. Circunstância que motiva pensamentos na direção de que o uso da expressão “insignificância” está bem adequado à situação de crimes de reduzido potencial ofensivo, que estaria passível de transação penal, à égide da Lei 9.099/95, portanto excluídos da possibilidade de realização de acordos de não persecução penal.

Mas não se pode descurar, como deduz Avena (2020, p. 606), que existe hipótese da existência de provas contundentes em processo pendente:

Não há vedação ao acordo, salvo se, na ação penal pela qual responde, houver indicativos de habitualidade criminosa (por exemplo, processo criminal desencadeado por denúncia que descreve vários fatos delituosos), hipótese em que a proibição ao ajuste decorre da segunda parte do inciso II em exame, abaixo analisada.

Não se pode, todavia, admitir que um processo dessa natureza, ainda sem julgamento, em face da presunção de inocência já comentada, possa servir de balizamento para inviabilizar um acordo de não persecução penal. Mas há a consideração de doutrinadores que defendem a existência do caso de estar o investigado sendo acusado em crime que, pelas elementares do tipo penal, a exemplo da associação criminosa, prevista no Art. 288 do Código Penal, que, mesmo

constituindo crime hediondo, delimita-se nas hipóteses de viabilidade do acordo, contudo, representa habitualidade e possui características que induz à prática reiterada de crimes, insinuando probabilidade enquadramento no inciso II do § 2º do Art. 28-A do CPP e estaria vedada a realização do ajuste (AVENA, 2020, p. 607). Mas, nada obstante essa aparência de regularidade, trata-se de situação que, tendo em vista se tratar de processo em andamento, não elimina os questionamentos de presunção de inocência e não deveria ser alvo de julgamento antecipado e vetada a concretização do acordo.

Já a insignificância alegada, que exclui a vedação de realização do acordo, pode, na verdade estar se referindo aos crimes pretéritos que, em última análise, apesar de ter as características de enquadramento, sofreram condenações por vedação da aplicação do princípio da insignificância, a exemplo dos crimes contra a Administração Pública, estelionato contra a Previdência Social, danos, etc.

Um outro critério analisado é o fato de ter o agente sido beneficiário nos últimos 5 anos de infrações de outro acordo de não persecução penal, de alguma transação penal ou de suspensão condicional do processo, tem absoluta analogia à existência da reincidência, dos maus antecedentes e da habitualidade ou reiteração criminosa, já tratada anteriormente. Diferencia apenas no período de análise, mais curto que a reincidência e antecedentes, pois abrangem apenas os 5 anos anteriores à realização do acordo em estudo, que, por sinal, é similar à vedação prevista no art. 76, § 2º, inciso II, da Lei 9.099/95, referente à transação penal. Posto se tratar de mecanismo bastante claro, lógico e que não tem maiores implicações com situações de inconstitucionalidade ou ilegalidades, não há o que se estender sobre o assunto. É bastante objetivo que não se deve realizar um novo acordo quando o investigado já foi beneficiado com qualquer vantagem advinda de institutos despenalizadores extraprocessuais, ou de suspensão condicional do processo, decretada por magistrado do Juizado Especial Criminal, todos ocorridos nos últimos 5 anos do acordo pleiteado.

Também os rigores processuais instituídos pela Lei Maria da Penha (11.340/2006) para inibir vantagens processuais e penais para os praticantes de crimes com violência ou grave ameaça contra a Mulher, em face de condições gênero, como descrito no Art. 5ª da referida Lei, deve ser baliza para bloquear a realização do acordo de não persecução penal, sendo acrescida outras violências e grave ameaças

praticadas no âmbito da violência doméstica ou familiar, mesmo não tendo a mulher como vítima, ou não sendo ela vítima por sua condição de mulher.

Crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar (inc. IV, 1ª parte): por violência doméstica compreende-se ocorrente do espaço em que o autor do fato e o ofendido convivem, independentemente da existência de relação de natureza familiar entre elas. Já a violência familiar é aquela em que agente e vítima estão ligados por vínculo de parentesco (inclusive por afinidade) ou pela própria vontade (casamento e união estável) (AVENA, 2020, p.608).

Não esgota aqui os impasses e as permissões para a realização do acordo de não persecução penal. As regras básicas de sua formalização e condução constitui ainda características importantes que serão tratadas a seguir.

4.4 FORMALIZAÇÃO E CONDUÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A formalização encontra-se disciplinada nos §§ 3º a 14 do Art. 28-A do CPP, que, após verificadas as principais características, requisitos, critérios e condições, e concluída pela sua viabilidade, apresenta-se as regras de sua celebração, validação e condução. Tornar formal o ato, compreende redigir um instrumento que tem a transcrição de tudo que foi negociado, acordado, aprovado, imposto e chancelado, que vinculará as partes ao que foi firmado. As etapas dessa fase passam por verificar o compulsoriedade de atuação do Ministério Público, do investigado, do seu defensor técnico, do juiz de Garantias (ou do Juiz de Execução), os quais terão a sua participação no processo de forma ativa e parcimoniosa, para dar validade a todo o processo extrajudicial envolvido na consolidação do instituto.

4.4.1 Vinculação das partes

De acordo com o CPP, Art. 28-A, § 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”. Estes são os primeiros alicerces da formalização do acordo de não persecução penal, em que são nomeadas as formas e os agentes integrantes dos primeiros atos, que integrarão toda a estrutura do instituto.

Uma das bases mais sustentáveis da realização do acordo de não persecução penal está na obrigatoriedade de levar ao investigado e ao seu defensor técnico, por parte do Ministério Público, uma proposta, quando existentes os pré-requisitos legais,

do acordo de não persecução penal, que, se negligenciada, desta, acarretará nulidades no processo que originar. Assim, entende-se que se trata de um direito subjetivo da parte passiva, desde que inegavelmente presentes todas as condições estabelecidas para a sua aplicação, tornando compulsória a ação do Ministério Público no sentido provocar a sua realização, salvo se existir motivo real, devidamente fundamentado, para a sua negativa.

Outro elemento fundante do acordo está nas suas características inarredáveis de anteceder o processo legal e de ser critério de procedibilidade da ação penal pública. Nesses moldes, a ausência de proposta pelo Ministério Público, estando verificados todos os fundamentos legais permissíveis do instituto, deve ser recusado o recebimento da denúncia, procedendo-se o juiz das garantias (ou da instrução processual) encarregado de recebê-la em conformidade com o que consta do Art. 28 do CPP. Em contrapartida, a impositação do ajuste tem discricionariedade do Ministério Público, cabendo alertar que apenas ele, discordando dos requisitos subjetivos inerentes ao acordo, pode desqualificar o direito subjetivo do investigado e desconstituir a condição de procedibilidade da ação penal, não podendo ser substituído nessa função, exceto para os casos verificados no §14 do artigo citado, de subsunção do assunto instância de revisão ministerial.

A parte mais diretamente interessada, o investigado, além de professar a confissão, deverá, ao assinar o texto expresso do ajuste, concordar com o que foi pactuado e esforçar-se para dar cumprimento fiel a todas as condições confirmadas até o final do prazo de prova, com o objetivo de obter a extinção da punibilidade em que era acusado.

O defensor técnico tem participação contundente e indubitavelmente indispensável na concretização dos pactos elaborados, posto que, se não estivesse presente, haveria com certeza um quadro de insegurança jurídica, diante de um formato judicial penal, caracterizado por imposições unilaterais, cheia de desequilíbrio de atuação entre os personagens, com corrente vulnerabilidade de uma das partes na geração de posições negociais e discussões reais de cláusulas e termos em discussão. Cabe, pois, a ele recompor as forças visando dar equidade no embate das tratativas. Em um ambiente onde pelo menos dois negociantes possuem semelhança técnica, a justiça será mais efetiva, afastando práticas de exorbitâncias inadequadas a um momento sublimar, quando deve prevalecer a equivalência de forças.

A participação do causídico na negociação não deve ser considerada em estado de passividade, pois a sua intervenção incisiva nas proposições do Ministério Público terá importância inequívoca no resultado do acordo, dentro de padrões íntegros e balanceados. Dessa forma, será proporcionado ao acusado um cenário propício para angariar termos e condições compatíveis ao seu caso concreto. Cabe a ele estudar com parcimônia a proposta apresentada ao seu constituinte, analisando a sua coerência com as necessidades do caso, sobretudo cuidando das possíveis violações a Direitos Fundamentais, procurando construir com o Ministério Público as situações que não sejam de difícil cumprimento pelo acusado, ou que não venham a se constituir em dificuldades indevidas e desnecessárias.

Em face do caráter de voluntariedade do acordo de não persecução penal, deve procurar o defensor evitar que o seu defendido seja instigado ou induzido à realização de formalização de encargos que não seja da sua inteira vontade, priorizando a lisura das tratativas no curso da elaboração do texto do instituto despenalizador e zelando para que haja certificação pelo magistrado do cumprimento dos requisitos necessários. Nesse contexto, deverá assegurar a efetividade da proposta com participação ativa, assistência e defesa plena na elaboração das condições do acordo, na verificação dos preceitos legais, dos requisitos constitucionais a serem observados, das peculiaridades e regramentos processuais envolvidos, observando sobre a possibilidade de deixar lacunas referente a procedimentos que devem ser seguidos, passíveis de redundar em resultados negativos para o desenvolvimento do acordo efetivado.

Atenção especial deve ser direcionada ao § 14, do artigo em referência, cuja redação *ipsis litteris* determina que “no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do Art. 28 deste Código”. Bem óbvio que se trata de uma medida de iniciativa do investigado, por meio do seu defensor técnico, que se requer análise dos superiores hierárquicos do Promotor Público interveniente no acordo. Trata-se de medida que, temporariamente, encontra-se suspensa, em face da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299, emitida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luiz Fux, que determinou:

Ex positis, suspendo ad cautelam a eficácia do artigo 28, caput, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 13.964/19. Nos termos do artigo 11, §2º, da Lei n. 9868/99, a redação revogada do artigo 28 do Código de

Processo Penal permanece em vigor enquanto perdurar esta medida cautelar (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020, p. 35).

A despeito da provisoriedade da medida cautelar, que poderá durar o tempo necessário ao julgamento definitivo da ADI 6.299, caso seja improvida, impede ao investigado, durante a sua duração, de se dirigir à instância superior do Ministério Público. Dessa forma, não será possível ao investigado ter acesso ao instituto que lhe beneficiaria, porque pela redação do antigo Art. 28 do CPP, antes da emissão da Lei 13.964/19, competiria apenas ao Juiz da fase persecutória recorrer ao Procurador Geral do Estado, no caso de arquivamento, na recusa na emissão da denúncia contra o acusado, não estando previstas medidas contra outras decisões do Promotor Público do processo. Dessa forma, até a solução do impasse da ADI 6.299, ou permanentemente em caso de provimento da dita ADI, o investigado estará subordinado unicamente à vontade do Promotor em levar a efeito ou não o ajuste de interesse primário de investigado. Assim, até ulterior decisão do STF, fica sem efeito os termos do § 14, do Art. 28-A do CPP.

Importante registrar ainda que a vítima também, do que se depara da exigência explícita no teor do § 9 do dito artigo, ao ser intimada dos termos e do possível descumprimento do acordo, poderá requerer medidas ao juiz da execução penal ou recorrer às instâncias superiores das decisões tomadas pelo juiz de garantias, pelo persecutor da ação ou pelo Juiz das Execuções Penais.

4.4.2 Da homologação

A homologação do acordo de não persecução penal está referida no § 4º, do Art. 28-A do CPP, onde prevê que, “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”.

Após efetivação, o acordo será encaminhado ao juiz de garantias (ou da instrução criminal) a fim de ser analisada a homologação. Será marcada audiência para fins de ouvir o investigado, com a assistência do seu defensor, onde aquilatará a ocorrência da voluntariedade da confissão e o interesse na concretização do acordo, bem como se foram observadas todas as normas que disciplinam a medida, verificando em especial os aspectos de legalidade e constitucionalidade envolvidos na transação. Verificará ainda a regularidade das condições negociadas e demais

requisitos do acordo, exceto quanto aos aspectos subjetivos de alçada exclusiva do Ministério Público, qual seja o da necessidade e suficiência do pacto para reprovação e prevenção do crime praticado (AVENA, 2020, p. 614). Até porque não se pode ignorar o Enunciado n. 19 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): “O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto”

Embora deva verificar as ocorrências que possam impedir a concretização do acordo, é bom esclarecer que não é atribuição do juiz, no exercício da homologação, fazer análises do mérito ao ajuste realizado, sobretudo quanto à tipificação penal do fato e aos termos do acordo (SANTOS e SALES, 2020, p. 49). Assim, ele pode recusar de promover a homologação por considerar as condições apazadas como inapropriadas, inexpressivas ou exageradas, devendo, nesta hipótese, reconduzir o instrumento do acordo ao Ministério Público para rever a proposta, com outra negociação com o acusado e o seu defensor, na forma do § 5º do Art. 28-A do CPP. Conforme Mandarino e Santin (2020, p. 244), também poderá considerar o ajuste ilegal, se houver inobservância de requisitos estabelecidos em Lei para a sua celebração, devendo assim devolver igualmente o acordo firmado ao Ministério Público para promover as alterações possíveis, devendo complementar as investigações, produzindo novo acordo, ou oferecer a denúncia, de acordo com o que determina o § 8º, do mesmo artigo (LIMA, 2020, p. 283).

Ocorrendo a homologação do acordo dentro da forma celebrada, deverá ainda assim fazer a devolução do instrumento ao Ministério Público para o início da execução, devendo assim, após efetuar intimação à vítima para tomar conhecimento dos termos da homologação efetuada pelo Juiz (§ 9º, do Art. 28-A do CPP), encaminhá-lo ao Juiz da Execução Penal para conduzir essa etapa do acordo, ao qual deverá acompanhar o cumprimento dos termos e condições fixadas, como visto no § 6º, do artigo em estudo (NETTO et al, 2020, p. 176).

4.4.3 Acompanhamento do cumprimento do acordo de não persecução penal

Cumprimento do acordo de não persecução penal ocorre quando todas as condições constantes do instrumento de formalização estiverem integralmente satisfeitas pelo investigado. No acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção da punibilidade, conforme exposto no § 13 do Art. 28-A do CPP. Dessa forma, competirá ao Juiz da Execução Penal promover a extinção da punibilidade do investigado, posto ser ele o encarregado de acompanhar a fase de cumprimento do acordo, enquanto não satisfeitas todas as condições lançadas no instrumento firmado pelo Ministério Público e o investigado, e homologado pelo juiz que esteja atuando nos autos.

Importante à regulamentação, para garantia completa dos benefícios do acordo, verificar que, enquanto estiver perfeitamente regular o cumprimento das condições do acordo, nada poderá constar das certidões de antecedentes criminais emitidas no período compreendido entre a assinatura do acordo e o ato de extinção da punibilidade, no caso de correto cumprimento do acordo, o do fornecimento da Denúncia, ocorrendo descumprimento de qualquer das condições aprazadas, exatamente nos termos do § 12 do artigo em referência (AVENA, 2020, p. 616). Contudo, o Poder Judiciário poderá manter o acordo em registros internos, para os fins previstos no inciso III do § 2 do mesmo artigo, concernente à não concessão de novo acordo dentro do lapso de 5 anos.

Igual cuidado deverá ocorrer quando forem descumpridas as condições acordadas, ou parte delas, posto o que diz o § 10 do Art. 28-A, *in fine*, de que “o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia”. Como o juiz não poderá tomar nenhuma decisão sem provocação das partes, o texto legal, que pode parecer dúbio, na verdade ele cita o Ministério Público que atua junto ao Juiz da Execução Penal, que, na hipótese de descumprimento das condições ou obrigações constantes no acordo, deverá requerer ao Juiz que acompanha o acordo (das Execuções Penais), que em processo administrativo apure a irregularidade, dando oportunidade de contraditório e de ampla defesa e, se confirmado o descumprimento, retorne o acordo ao Promotor de origem para promover a revogação do acordo e denúncia criminal do acusado, sujeitando ele aos efeitos previstos no § 11 do referido dispositivo (AVENA, 2020, p. 617).

4.5 PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI PENAL E SUA INFLUÊNCIA NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Em princípio, competiria analisar o caso como uma simples lei nova, com regras igualmente novas e que trabalham matéria processual penal, com a criação de uma incomum ferramenta penal, é o que transparece o novo contexto da Lei 13.964/19. Dessa forma, não se percebe que, a debalde, ressalta uma ambiguidade ao encobrir os seus efeitos temporais. Permitiu-se inovar, com a inserção do acordo de não persecução penal no arcabouço jurídico que, em virtude de deficiência no capricho do texto legislativo, tem trazido fervorosas divergências na definição de limites de aplicação no tempo, em face da incerteza de irretroatividade do acordo.

Netto et al (2020, p. 180) pergunta “qual a baliza temporal da aplicação do acordo aos processos que já estavam em curso quando da entrada em vigor da Lei 13.964/2019?” As respostas tergiversam nas mais variadas direções, desde ideias que garantem que, por se tratar de norma processual híbrida, deve abranger fatos ocorridos anteriormente à sua entrada em vigor, sem que ainda haja denúncia criminal para os fatos praticados. Segundo Fischer (2020) “o art. 28-A do CPP, que trata do ANPP, traz em seu bojo norma híbrida: traz benefícios penais, mas condiciona a um evento (absolutamente legal e constitucional): não haver processo”, até aquelas que acham que o princípio da Anterioridade da Lei Penal deve ser integralmente aplicado.

Nessa mesma sanha, corrobora tal argumento o Enunciado nº 20 do Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPGE) e Grupo nacional de coordenadores de centro de apoio criminal (GNCCRIM) que mostra: “cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”, admitindo assim que, mesmo que timidamente, existe possibilidade de uso do princípio da anterioridade da Lei penal benéfica. Existindo, todavia, maioria defendendo que o limite temporal para exercício dessa retroatividade de casos anteriores à Lei 13.964/19, para realização do acordo de não persecução penal, é fixado na prolação da sentença condenatória (CABRAL, 2020, p. 213). A explicação está no fato de que, após proferir a sentença condenatória, os fatos já são considerados provados e, por isso, não mais cabem a confissão, um dos critérios fundamentais que autorizam o acordo. Além, obviamente, da hipótese de higidez da sentença, que não caberia mais voltar a estágio anterior para realização de acordos.

Há argumentos também da aplicabilidade da analogia de limitação do tempo, no improvido do HC nº 74.463-0, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que decidiu em caso de retroatividade da suspensão condicional do processo, objeto de aplicação do Art. 89 da Lei 9.099/95, referente a fatos ocorridos anteriormente à validade daquela Lei.

Há também posicionamentos asseverantes da existência de limite da retroatividade ficar restrito à ocorrência do trânsito em julgado da ação penal, porém discordando da similaridade de aplicação do posicionamento do STF, no julgamento do HC referido, incidente sobre suspensão condicional do processo, com o acordo de não persecução penal, porquanto este instituto não tem identificação com aquele, posto que, embora parecidos, são de natureza e fases distintas, provocando efeitos e consequências diferentes, o que, em decorrência, não permitiria interpretação correlata àquela fornecida pelo STF, se tivesse em julgamento o acordo de não persecução penal.

Caminha nessa direção o Enunciado nº 98 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, onde alega que

é cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A da Lei nº 13.964/19, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei 13.964/2019, conforme precedentes.

Assim como procede a jurisprudência da 4ª Seção do TRF em julgamento dos autos EINF nº 5001103- 25.2017.4.04.7109/RS, onde fixam que

o acordo de não persecução penal consiste em *novatio legis in melius*, vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida que ameniza as consequências do delito, sendo aplicável às ações penais em andamento. É possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal.

Avançando ainda no ideário de mais vantagens asseguradas com o advento do acordo de não persecução penal, registra mais uma corrente, não menos numerosa, que defende a inexistência de fase processual impeditiva de aplicação do novel instrumento aos processos em andamento antes do seu advento (MARTINELLI e DE BEM, 2020), alegando inclusive que, tratando-se norma híbrida perfeitamente atrelada à retroatividade da norma legal, estando, portanto, em consonância com o previsto no artigo 5º, inciso XL, da CF/88, é incabível a criação de restrições à adoção, em contrariedade à lei, do mecanismo inovado, assim considerada, como na Lei Penal

que retrocede no *abolitio criminis* e no *relevatio criminis*, incluindo os que já se encontram transitados em julgado.

Essa é a corrente adotada pelos procuradores de justiça do Ministério Público do Estado do Paraná Fábio André Guaragni e Rodrigo Régner Chemim Guimarães, os quais sustentam que “sendo regra processual com conteúdo material e sendo mais benéfica, retroage, inclusive desconstituindo coisa julgada”, desde que preenchidas as condições impostas pelo artigo 28-A do CPP, principalmente a de que o agente tenha confessado formal e circunstanciadamente o cometimento da infração penal durante a fase investigatória (NETTO, 2020, p. 1801).

4.6 O JUIZ DE GARANTIAS E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O funcionamento do juiz das garantias está regulamentado pelos arts. 3º-B a 3º-F do CPP. A estrutura do funcionamento do sistema acusatório do processo penal brasileiro está centrada no funcionamento do Juiz de Garantias, que não pode ser confundido com o Juiz da Instrução processual. “a atuação do juiz de garantias é ocasional, sem funções de instrução, limitada ao controle da legalidade e à garantia dos direitos fundamentais (OLIVEIRA, 2016, p. 166).

O art. 3º-A do CPP, define bem que ao juiz das garantias não é permitido imiscuir na fase de investigação, devendo ficar limitado a despachar os pedidos de medidas cautelares, visando resguardar direitos e garantias fundamentais que são obrigatoriamente da alçada judicial, sem se vincular à investigação ou qualquer ato probatório da fase pré-processual. Entre suas funções cruciais está a de garantidor da regularidade da fase preliminar do processo, sem contato com os atos investigativos.

Difere circunstancialmente do juiz de instrução, que consiste, superficialmente, no magistrado que vai trabalhar as provas que instrui a decisão do julgador. Representa a autoridade máxima do processo, responsabilizando-se pelo seu início e condução, até o trânsito em julgado, quando o processo será encaminhado ao Juiz da Execução Penal, em caso de condenações, ou ao arquivo, se as sentenças ou acórdãos forem de absolvição. A função principal do Juiz da Instrução é desenvolver instrução processual, assumindo o comando total da condução do processo, possuindo todos os poderes para encaminhar, na fase posterior ao recebimento da denúncia, a produção das provas que julgar imprescindível para colocar nos autos os

dados e informações que permitam o julgamento dentro da máxima qualidade da justiça.

Dessa forma, cabe ao juiz de garantias atender as necessidades da investigação preliminar, para que o titular da ação possa instruir a denúncia, recebendo-a e encaminhando ao Juiz da Instrução. Este, de posse da denúncia recebida pelo Juiz das Garantias, sem qualquer contato com os dados da investigação, tendo como base apenas as informações da denúncia, promoverá a arregimentação das provas, fazer a audiência, e prolatar a sentença.

Como bem caracterizado no Art. 28-A do CPP, o acordo de persecução penal é processado na fase de investigação, cabendo exclusivamente ao Juiz de Garantias o acompanhamento da sua formalização e a homologação, seguindo daí para o Juiz das Execuções Penais para acompanhar as condições descritas no instrumento do acordo, sabendo que o Juiz da Instrução Processual não toma conhecimento da sua existência, pois só manuseia os autos após a respectiva denúncia, se não realizado o acordo ou se descumpridas as suas condições.

Este é o processamento natural, como previsto no CPP, em caráter permanente. Ocorre que existe uma situação provisória, decorrente da suspensão do funcionamento do Juiz de Garantias, por liminar emitida pelo Ministro do STF, Luiz Fux, em Medida Cautelar emitida em função da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.299, que determinou a suspensão da aplicação dos Arts. 3-A a 3-F do CPP, até o julgamento definitivo da ADI que provocou a liminar, conforme decisões a seguir:

Ex positis, entendo satisfeitos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, para determinar a suspensão da eficácia dos artigos 3ºA a 3º-F, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 13.964/2019.

Ex positis, neste tópico, acolhendo a argumentação proferida na análise cautelar preliminar, determino a suspensão da eficácia do artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 13.964/2019. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020, p. 31 e 32).

Como consequência, até que seja solucionado esse impasse, as tarefas do Juiz de Garantias previsto para o acordo de não persecução penal serão realizadas: pelo Juiz da Instrução Processual, na fase de formalização e homologação; e pelo Juiz das Execuções Penais, na fase de cumprimento do acordo efetuado.

A partir do explanado, na próxima seção são apresentadas as considerações finais alcançadas por este trabalho.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos estudos e dissecações dos principais aspectos relacionados ao Acordo de Não Persecução Penal, é exequível tecer comentários pertinentes sobre as fundamentais observações retiradas do instituto, consideradas relevantes para engendrar aperfeiçoamentos no Sistema.

É apropriado fazer considerações sobre a primeira das exigências para a concretização do acordo, qual seja, a de condicionar a sua realização à confissão circunstancial do investigado. Mesmo que regular e autorizada pela norma, a confissão não deixa de atacar aspectos constitucionais da dignidade da pessoa humana, posto que, como já comentado, o investigado, dadas as agruras da submissão a uma sabatina jurídica extremamente carregada de ideários punitivos e destrutivos de reputações morais, está sob vulnerabilidade diante do poderio que representa as autoridades policiais e judiciárias. Essa circunstância fragiliza a capacidade de se confiar em declarações emitidas nas condições de pressão e emoção. É, assim, uma situação de extrema preocupação, quando o fator principal da criação de mecanismos facilitadores é buscar a qualidade máxima da equidade nos prognósticos criminais.

Fora os aspectos da inconstitucionalidade da medida, que fere princípios do direito ao silêncio, observado pela simples obrigatoriedade da sua materialização de forma expressa (implícita com a adoção do termo “circunstancial” no texto de exigência da medida), que retira o aspecto da “espontaneidade” exigido nessas circunstâncias (não há dúvidas de que acaba a espontaneidade quando a confissão é uma obrigatoriedade, ou quando ela é posta como condição para um acordo), há de se redarguir as razões dessa exigência.

Em primeiro lugar, há a pergunta indiscutível: qual o sentido de se tornar obrigatório um termo confessional, quando, ao final, vai-se formalizar um acordo, que tem de ser firmado pelas partes, com a anuência da defesa técnica e do magistrado, visto que já estaria implícita nessa assinatura uma confissão? Indubitavelmente, a obviedade parece sobressair em uma resposta do tipo: “nenhum”. Não parece nada razoável exigir um documento que vai estar embutido em outro, causando apenas constrangimento e deixando a iminente possibilidade de reivindicação de nulidades no futuro, exatamente pelas arraigadas ligações com violações de direitos fundamentais do cidadão.

Dessa forma, conclui-se que não há fundamento nessa exigência e que ela tem como principal característica dificultar a realização dos acordos, causar profundos embaraços e descontentamento na parte mais frágil, demonstrar prepotência do Estado e causar desequilíbrio na negociação. Não existe a menor dúvida que se trata de um quesito que tem de ser banido com muita urgência dos dispositivos do acordo de não persecução penal, via Congresso Nacional, sob o risco de dificultar sua aplicação e sobrevir consequências danosas aos objetivos de sua criação.

Seguindo nas análises, há de se verificar os principais objetivos da criação do instituto, que se firma precipuamente no combate à criminalidade e no descarregamento da avalanche de processos penais que atufam o poder judiciário, causando morosidade na solução das causas, favorecendo a impunidade de criminosos.

Nessa seara, a par do que mostra a pequena parte da doutrina que até agora se arvoraram em imiscuir no assunto, até pelo seu recentíssimo surgimento, ainda não completados dois anos, é muito duvidoso o proficiente resultado das medidas, até porquê entende-se que não são medidas de diminuição do volume de processos que proporcionam a principal força de domínio sobre a agilização do resultado das ações, mas as medidas que tendem a desburocratizar na prática, como sugere a teoria, a rotina processual que poderiam primariamente possuir maior pujança para instigar a redução do tempo processual. Prova disso é que, embora os ritos processuais penais (sumaríssimo, sumário e ordinário) preveem o tempo máximo para solução dos processos de 90 dias, todavia, no exercício processual penal, esse tempo médio gira em torno de 2 anos a 4 anos, conforme os anuários dos diversos órgãos, estatais e privados, envolvidos com o Sistema Processual Brasileiro, dentre eles o relatório “A Justiça em Números 2020” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Mesmo assim, não há dúvidas de que, realmente, a redução no volume de processos contribuiria, mesmo em menor grau, para uma boa redução nesse tempo. Também não se foge à verdade que, na teoria, a aplicação do novo instrumento produziria considerável redução nesse volume, haja vista que abrangerá consideráveis números de crimes ao alcance da medida.

Todavia, o grande debate consiste na imensa dúvida se esse volume de redução, proporcionada pela adoção dessa medida, justificaria o surgimento de outros problemas dele decorrente. Embora tenha surgido em nome da luta pela impunidade

criminal, embutido que foi no bojo de medidas anticrimes, está nele integrado a despenalização de crimes com alto grau de reprovabilidade social, como alguns crimes de cunho sexual e de corrupção, os quais têm volume considerável no contexto processual do país, com grande clamor por acirramento do controle de impunidade e não a sua oficialização, como ocorreu no novel instituto.

Outra parte do problema situa no fato de que, embutidas enormes dificuldades de ordem constitucionais, legais e penais na aplicação do acordo, haveria, ao contrário, inúmeras possibilidades de novas inserções processuais para saneamento dessas irregularidades, concernentes a: a) infindáveis novos processos de revisões criminais e recursos infinitos que fatalmente surgiriam dessa necessidade de correção de possíveis quebra de direitos dos envolvidos em processos anteriores, atuais e futuros; e b) crescimento de atos processuais que surgirão nos casos em andamento, em função da existência do instituto, e que podem aumentar o tempo dos processos. Disso adviria com certeza efeitos contrários aos objetivos da criação do novo dispositivo.

Não tem como não abordar também os aspectos da anterioridade da lei penal, extremamente controverso e não pacificado pela doutrina e pela jurisprudência. Nesse interim, começa-se pela pergunta: É possível o acordo de não persecução penal alcançar processos em andamento no início da vigência da Lei 13.964/2019, acontecida em 23/01/2020, após cumprir o período de *vacatio legis*, bem como aqueles já encerrados e até já cumpridas as penas, mas ainda não cessados os efeitos da condenação? Por mais que divirjam os doutrinadores sobre o assunto, não tem como fugir da resposta afirmativa à questão, na simples premissa de que os termos do Art. 28-A, § 13º, do CPP, que inaugura o novo procedimento, acresceu, sem sombra de dúvidas, mais um item de extinção da punibilidade àqueles já previstos no Art. 107 do Código Penal, interferindo indiscutivelmente no *jus puniendi*, caracterizador de matéria penal.

Claro que, no caso do acordo de não persecução penal, não se verifica o conteúdo exclusivamente material, em que há exigência de retroatividade absoluta, em face do dispositivo constitucional do Art. 5º, LX, da CF/88. Todavia, é inegável que o instituto criado tem uma norma substancialmente híbrida, estando embutido grau considerável de temática material, ao passo que interfere claramente na extinção de punibilidade, exclusivo de direito penal, podendo, assim, admitir a retroatividade na

esteira da lei benigna, porém, segundo boa parte doutrinária, com limitação temporária. Poderia se constituir em um caso, considerando a anotação literal, de reconhecer a intenção do legislador em fixar a aplicação do instituto exclusivamente na fase investigativa, pois a obviedade indica que havia uma deliberada vontade de fugir da instauração da persecução penal, posto tratar-se, como já visto, de uma medida alinhada com a política criminal, assentada na maior preocupação de limitação de acionamento do Sistema Jurídico Nacional.

A *contra-senso*, porém, não tem como fugir da existência da garantia de direitos consolidados constitucionalmente e que não podem ser derogados unicamente por análise subjetiva da vontade do legislador ou de meras conjecturas de boa intenção da norma processual. Há ainda de se discordar da premissa afirmativa de que a sentença condenatória definitiva encerra o caminho da ação penal, configurando assim impedimento à incidência do acordo. Se assim fosse, entender-se-ia pela existência de grave restrição da abrangência do regramento do instituto, constituindo assim perverso dano ao agente, violando a proteção legal ou constitucional. Estar-se-ia criando interpretação e fundamento, opondo-se ao legislador (que sempre trabalharia teoricamente na direção de beneficiar a parte vulnerável) e, nesse ímpeto, implantando dentro do instituto inovador barreiras inconstitucionais à *novatio legis in mellius*, em face de violações ao governo do artigo 5º, inciso XL, da CF/88.

Portanto, não há qualquer justificativa para boa parte da doutrina, na interdição de interpretações que visam postura benigna ao réu. Inclusive quanto a óbices colocados sobre argumentação da impossibilidade de confissão posterior à sentença, quando se sabe plenamente pertinente admitir que ele pode ocorrer em qualquer tempo. Não é pujante criações de analogia da falta de serventia dela em determinadas fases do processo. Se ela não foi fornecida em tempo de beneficiar o réu em uma persecução sentenciada, nada impede que ela seja útil em um retorno à fase do acordo, pela aplicação da retroatividade benéfica. Até porque, em face dessa inovação favorável, poderia surgir como nova estratégia de defesa processual.

Na realidade, lida-se com situação extremamente controversa, quando, pela deficiência redacional do dispositivo, o exercício exegético para fazer a aproximação da situação real desejada pelo legislador é hercúleo. Acrescentado pela recente validade do dispositivo, ainda não surgiu oportunidade para consolidação de jurisprudência dos Tribunais, sobretudo Superiores, causando dúvidas homéricas na

aplicação do instituto. O fato é que, da forma em que estipulado o regramento da ferramenta despenalizadora, deixa a desejar no sentido de aplicar uma justiça ideal, principalmente porque a iminência de presenciar tratamento diferenciado gritante entre os que não tiveram oportunidade de se beneficiar do instituto e os que se beneficiarão doravante, não se pode concordar que se pratica o melhor da equidade. Deveriam, no mínimo, para arrazoar o equilíbrio dessa situação, ser revisados casos com persecução em andamento, os já em execução de sentença e estendido àqueles que já cumpriram sentença, mas ainda sofrem dos efeitos da condenação.

Embora não se trate de institutos idênticos, a analogia pode ser evocada no caso do STF que, a propósito da irretroatividade do Art. 89, da Lei 9.099/95, ao julgar a ADI 1719, admitiu a possibilidade de retroatividade dos casos daquela lei que, embora trate de matéria processual, tenham reflexos no direito material, entre eles a suspensão condicional do processo do Art. 89. Assim não se pode afastar - não sendo essa decisão do STF, pronunciada em uma ADI de um caso sem similaridade, considerada uma jurisprudência consolidada - a possibilidade dos Tribunais Superiores, assim que começarem a surgir casos envolvendo o acordo de não persecução penal, virem a tomar decisões da mesma ordem.

Assim, todos os processos, cujos réus de ações anteriores à entrada em vigor do novo dispositivo, e que ainda sofrem os efeitos da pena sofrida, podem ser revistos, se de interesse das partes penalizadas, pois assiste-lhes o direito de buscar essa possibilidade, até em face do que contém o inciso XXXV do Art. 5º, da CF/88, que diz taxativamente: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em face de tudo isso, conclui-se que há uma grande probabilidade de o instituto não ter a efetividade planejada e poderá ser, na realidade, um instrumento de pouca relevância para o combate à criminalidade, além da possibilidade de contribuir minimamente para a consecução de uma justiça social reclamada pela sociedade.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, J. C. V. de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2008.
- AVENA, N. **Processo penal: esquematizado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2010.
- AVENA, N. **Processo Penal**, 12ª edição, Editora Método, São Paulo, e Editora Forense, Rio de Janeiro, 2020.
- AZEVEDO, T. P. de. Teorias do delito – modelo romano – germânico e de Common Law. **Direito e Justiça**. Porto Alegre, v. 40, n. 2, jul/dez. 2014, p. 205-215. Disponível em: [revistaseletronicas.pucrs.br › index.php › fadir › article › download \[...\]](http://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/fadir/article/download). Acesso em 22 de março de 2021.
- BADARÓ, G. H. R. I. **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BEDÊ JÚNIOR, A.; SENNA, G. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- BETTA, E. de P. **Da inconstitucionalidade e irrelevância da confissão no ANPP**. Consultor Jurídico, Tribuna da Defensoria, Artigo Jurídico, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-17/tribuna-defensoria-inconstitucionalidade-irrelevancia-confissao-anpp>. 17/03/2020, Acesso em 17 de agosto de 2021.
- CABRAL, R. L. F. **Manual do acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2020.
- CAMBI, E., LIMA, D. de A. e NOVAK, M. S. **Reflexões sobre Regime Jurídico do Acordo de Não Persecução Pena**, Pacote Anticrime - Volume I, Escola Superior do Ministério Público do Paraná, Curitiba, 2020.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007.
- CAPRIOLLI, R. C. S. **Acordo de Não Persecução, Penal Processo Penal**, Artigo Jurídico, DN-DireitoNet, <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11892/acordo-de-nao-persecucao-penal>, 23/09/2020. Acesso em 17 de agosto de 2021.
- CARNELUTTI, F. **Lecciones sobre el proceso penal. Volume 1**. Tradução para o espanhol de MELENDO, S. S., Buenos Aires: El Foro, 2002.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020**, Poder Judiciário, Departamento de Pesquisa Judiciária, Brasília, 2020.

COUTURE, E. J. **Interpretação das Leis Processuais**. 4ª ed., tradução de RUSSOMANO, G. M. C. M., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CUNHA, R. S. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019**: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, R. S.; SOUZA, R do Ó; BARROS, F. D.; CABRAL, R. L. F. **Acordo de Não Persecução Penal**. 2ª edição, Salvador: JusPodivm, 2019.

DIAS, J. de F.; ANDRADE, M.; PINTO, F. de L. da C. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova**. Coimbra: Almedina, 2009.

FISCHER, D. **Não cabe acordo de não persecução em ações penais em curso, artigos, Processo Penal**, Meu site jurídico, Editora Juspodivm, Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais-em-curso/>. Datado de 11/07/2020, Acesso em 23 de agosto de 2021.

GOLDSCHMIDT, J. **Derecho, Derecho Penal y Proceso. III. El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal**. Tradução para o espanhol de QUIROGA, J. L. B. de; BAQUERO, R. F.; e ALONSO, L. G., Madrid: Marcial Pons, 2015.

GOMES FILHO, A. M. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

JAÉN VALLEJO, M. **Principios constitucionales y derecho penal moderno**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

LANGBEIN, J. H. **Torture and plea bargaining**. University of Chicago Law Review, v. 46, 1978.

LIMA, R. B. de. **Manual de Processo Penal**, Volume Único, 8ª Edição, Editora JusPodivm, Salvador/BA, 2020.

MAC CRORIE, B. **Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Coimbra: Almedina, 2013.

MACHADO, A. A. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

MANDARINO, R. P.; SANTIN, V. F. **A atuação do Ministério Público ante a expansão da justiça penal negociada no pacote anticrime**, Pacote Anticrime-Volume I, Escola Superior do Ministério Público do Paraná, Curitiba, 2020.

MARTINELLI, J. P; DE BEM, L. S. **O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-24022020#_ftn4. Postado em 24/02/2020. Acesso em 23/08/21.

MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, J.; MEDEIROS, R. **Constituição Portuguesa anotada**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

NAGIMA, I. M. S. **Da confissão no direito processual penal**, Artigo DireitoNet, Processo Penal, https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7428/Da-confissao-no-direito-processual-penal._12/AGO/2012. Acesso em 26/08/2021.

NAPPI, A. **Manuale di Diritto Penale**. Milano: Giuffrè, 2010.

NETTO, J. L. de S.; LEAL, J. M. P.; GARCEL, A., **Limites à retroatividade do acordo de não persecução penal no pacote anticrime**, Pacote Anticrime- Volume I, Escola Superior do Ministério Público do Paraná, Curitiba, 2020.

NOVAIS, J. R. **Renúncia a direitos fundamentais**. In: MIRANDA, J. (org.). *Perspectivas constitucionais – nos 20 anos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NUCCI, G. de S. **Manual de processo penal e execução penal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, D. K. **A atuação do julgador no processo penal constitucional: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PRADO, L. R. **Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral**, volume 1. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUEIJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUEZ, N. C. **El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica**. Granada: Editorial Comares, 1996.

SALES, D.; SANTOS, F. M. S. **Acordo de não persecução penal e os limites da renúncia aos direitos fundamentais**, Pacote Anticrime – Volume I, Escola Superior do Ministério Público do Paraná, Curitiba, 2020.

SOUZA, R. do Ó. **Lei anticrime: comentários à lei nº 13.964/2019**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Ação de Inconstitucionalidade 6.299**. Distrito Federal, Relator Ministro Luiz Fux, Brasília/DF, 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Transação Penal**, Portal do Tribunal, Transação Penal — Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (tjdft.jus.br)

VASCONCELLOS, V. G. de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Apud DERVAN; EDKINS, 2012, p. 28-33. São Paulo: IBCCRIM, 2015.