

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE PRELIMINAR, QUESTIONAMENTOS E CRÍTICAS

Michael Schneider Flach*

Resumo: O artigo realiza uma análise do instituto do Acordo de Não Persecução Penal, incluído na nova redação do art. 28-A do CPP, verificando a suas circunstâncias específicas, bem como formulando questionamentos e críticas em relação a certas condições e restrições estabelecidas, ou fatores omissos.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Processo penal. Direito penal. Direito constitucional. Pacote anticrime (Lei nº 13.964/2019).

Sumário: 1. Introdução. 2. Da confissão. 3. Do patamar da pena. 4. Das condições do acordo. 5. Das vedações. 6. Da proposta ou recusa do ministério público. 7. Da fase de homologação. 8. Do cumprimento. 9. Dos efeitos do cumprimento. Considerações finais. Referências.

Criminal non-persecution agreement: preliminary analysis, questions and critics

Abstract: The article carries out an analysis of the institute of the Penal Non-Persecution Agreement, included in the new wording of art. 28-A of the CPP, verifying its specific circumstances, as well as formulating questions and criticisms in relation to certain conditions and restrictions established, or omitted factors.

Keywords: Criminal non-persecution agreement. Criminal procedure. Criminal law. Constitutional law. Anti-crime package (Law nº 13.964/2019).

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Mestre e Doutorando em Ciências Criminais (PUCRS), Especialista em Direito Penal Contemporâneo (Unisinos), Professor Convidado do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Ambiental Nacional e Internacional da UFRGS, Professor do Curso Preparatório às Carreiras Jurídicas e da Pós-graduação da FMP, Diretor da Revista do Ministério Público do RS. *E-mail:* micaflach@gmail.com. *Currículo Lattes:* <<http://lattes.cnpq.br/9383256784015102>>.

Summary: 1. Introduction. 2. Of confession. 3. From the landing of the penalti. 4. The conditions of the agreement. 5. The seals. 6. The public prosecutor's proposal or refusal. 7. The homologation phase. 8. The noncompliance. 9. The effects of compliance. Final considerations. References.

1 Introdução

Analisaremos o novel instituto do acordo de não persecução penal formulando questionamentos e críticas a respeito. O art. 28-A, *caput*, do CPP, estabelece o acordo para os procedimentos nos quais não é cabível o arquivamento do feito, nem a transação penal, restando desde já firmado os seus requisitos mínimos. A redação é:

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: [...]

2 Da confissão

Dentre as exigências primeiras e fundamentais é que haja a confissão detalhada e circunstanciada do envolvimento do agente da prática criminal apurada. Entendemos que a admissão não precisa ser espontânea, bastando que seja voluntária e não coagida¹ devendo ser formalizada e firmada junto com o Advogado, art. 28-A, §3º, do CPP.

Trata-se de instrumento processual valioso, na busca da verdade e resolução dos fatos. Caso haja posterior revogação do acordo, por conta do seu descumprimento (art. 28-A, §10, CPP). Entendemos que esta confissão servirá como atenuante penal em caso de descumprimento, caso seja retificada ao longo da instrução. Já em relação à possibilidade do uso da confissão como instrumento de prova e atenuante penal,² acreditamos tal seja possível se for ajustada no próprio acordo, já que aqui a sua validade indiscutível, pois colhida formalmente, na presença de Defensor, e homologado pelo juízo.

¹ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*. T. I. Campinas: Russel, 2003, p. 220, explica que a voluntariedade não quer dizer livre-arbítrio metafísico, mas isenção de coação mecânica ou psicofísica.

² Para o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público (CNPGE) e Grupo Nacional de Coordenadores dos Centros de Apoio Criminal (GNCCRIM): Enunciado 27 (Art. 28-A, §10) Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo).

Outrossim, a existência de confissão ou não na fase investigatória é indiferente para o exame do cabimento ou não do acordo. Ocorre que nesta seara ainda não foi instaurado o contraditório e a ampla defesa, limitando-se a atos preliminares de coleta de elementos, eventuais provas irrepetíveis (como auto de apreensão) e meras investigações destinadas à elaboração de um juízo inicial acusatório, em especial sobre tipicidade, ilicitude, materialidade e autoria, que possam fornecer condições à denúncia ou ao arquivamento. Ademais, o Ministério Público não necessariamente se vincula aos fatores ligados à investigação e mesmo as conclusões da Autoridade Policial.

Neste sentido, em recente voto datado de 17 de setembro de 2021, no HC 185.913-DF, o Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal sustenta como sendo: “cabível o acordo de não persecução penal em casos de processos em andamento (ainda não transitados em julgado) quando da entrada em vigência da Lei nº 13.964/2019, mesmo se ausente confissão do réu até aquele momento.” O que demonstra ser indiferente para a análise do benefício que haja ou não confissão na fase investigatória, ou em outra fase na qual o instituto não tenha sido aventado. Inclusive, em seu voto o Relator cita expressamente a manifestação do Ministério Público Federal, cuja ementa do parecer analisa a confissão nos seguintes moldes:

12. A confissão deve necessariamente integrar o acordo de não persecução penal. 13. A credibilidade da confissão pode e deve ser objeto de sindicância pelo juiz responsável pela homologação do acordo de não persecução penal, a fim de se evitar declarações meramente formais, vazias de conteúdo. 14. Desde que a confissão sirva como elemento probatório dirigido ao esclarecimento e comprovação dos fatos objeto do processo e não como simples declaração ou assunção de culpa, não há razão para deixar de utilizá-la para fundamentar, nos moldes do verbete n° 545 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, futura condenação em caso de descumprimento do acordo de não persecução penal. 15. Eventual ausência de confissão na fase investigatória ou processual não obsta as conversações dirigidas à formação do acordo de não persecução penal se o imputado revelar disponibilidade para apresentá-la em momento posterior àquele previsto no ato previsto no art. 6º, inciso V do Código de Processo Penal ou em qualquer outro, inclusive na fase recursal, conforme autoriza o art. 196 daquele diploma legal mas não após o trânsito em julgado.--, desde que a iniciativa ainda se mostre útil para o Ministério Público.³

Interessante pontuar que esta já era a posição da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (órgão incumbido da coordenação, da integração e da revisão do exercício funcional dos membros do MPF na área criminal), quando analisa a possibilidade do acordo para os processos em andamento antes mesmo da Lei nº 13.964 os quais pelas circunstâncias poderiam ainda não conter a confissão, fato que não impediria o ANPP, desde que no momento do ajuste fosse realizada a confissão:

³ HC 185.913-DF, Vice-Procurador Geral da República Humberto Jaques de Medeiros, 8 fev. 2021.

Enunciado nº 98. 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 nº 13.964, conforme precedentes.

Acrescenta-se ainda, que o suspeito usufrui do direito ao silêncio, de não formar prova contra si e de aguardar o momento processual para a sua devida defesa. Portanto, a sua postura nesta fase não pode exercer qualquer influência em termos de denegação da possibilidade do acordo. De modo que, independentemente do relato fornecido pelo implicado nas investigações, deve o Ministério Público notificar este e eventual defensor, sobre a possibilidade da assinatura do acordo e para que manifestem interesse na sua realização ou não.

Outrossim, caso superada a fase do interrogatório e prevaleça a posição de que antes de sentenciado o processo, ou até mesmo se não transitado em julgado, ainda é possível a realização do acordo, independente do conteúdo do relato do réu entende-se ser possível a oferta da avença. Ocorre que quando interrogado o acusado se situa em uma posição de defesa, podendo silenciar, negar os fatos ou invocar tese pessoal. Porém, para o acordo a postura é consensual, de modo que a postura e a estratégia da defesa podem ser revistas e modificadas, a fim de possibilitar a celebração do ajuste.

3 Do patamar da pena

Além do *caput*, o §1º, do art. 28-A, estabelece quanto à sanção:

§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.

O primeiro requisito de ordem sancionatória é que a infração penal não tenha sido cometida com violência e grave ameaça. O que, por exemplo, desde já exclui delitos como lesão corporal grave e outros. Os quais são passíveis de suspensão condicional do processo, em tese, mas esbarram na substituição por penas privativas por restritivas, pois a violência e grave ameaça é um impedimento, art. 44, Código Penal.

Com efeito, os crimes culposos, se preenchidos todos os demais requisitos, em princípio comportam o acordo, por não incidir o dolo de lesão e ameaça, mas, sim, na violação de um dever de cuidado objetivo, por negligência, imprudência e imperícia, cujo resultado embora até previsível, é involuntário, não desejado,

nem aceito.⁴ Como nos casos de homicídio culposo, do art. 121, §§3º e 4º, do Código Penal (CPB), e do art. 302, §§1º e 2º da Lei nº 9.503/1997 (mas não para o art. 302, §3º, desta, pela sanção).

A pena mínima deve ser inferior a 4 anos, sendo que para se firmar a base sancionatória deve ser levado em conta as condições que a modificariam, como se tratar de tentativa, além de atenuantes, agravantes e majorantes. Ou seja, a incidência de todas as causas de modificação devem ser consideradas no cálculo das possibilidades do piso desta sanção. Entendemos que o patamar de diminuição ou incremento entre o máximo e o mínimo, é questão a ser verificada por cada órgão do Ministério Público no caso concreto, a luz do art. 59 do CPB (ver Súmulas nº 243 do STJ e nº 723 do STF).

Com efeito, caso após a prática do delito e antes de inaugurada a ação penal o autor de um delito sem violência e grave ameaça tenha de modo voluntário reparado o dano ou restituído à coisa a vítima, tal fator deve ser considerado no cálculo penal, por conta da minorante de arrependimento posterior,⁵ podendo inclusive ser aproveitada como prova do cumprimento da condição do acordo, prevista no art. 28-A, I, do CPP, bem como desde já ser adotada como referencial o termo médio previsto em lei.

Junto a tais requisitos objetivos vai um de ordem subjetiva, consistente no *binômio* daquilo que seja *necessário e suficiente* tanto para a *reprovação*, como para a *prevenção do crime*.⁶ Trata-se de condição fundamental, na qual é empregada o mesmo tipo de redação para o estabelecimento da pena-base, do art. 59, *caput*, do Código Penal, o qual vai justificado no item nº 50 da Exposição de Motivo da Reforma de 1984, enquanto orientação de Política Criminal, com autêntico teor de proporcionalidade.

4 Das condições do acordo

Conforme os incisos do art. 28-A, *caput*, são condições para o acordo:

- 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;

⁴ Sobre crime culposo ver DIAS, Figueiredo Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I, São Paulo: RT e Coimbra, 2007, p. 859-895; e D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: RT, 2001.

⁵ Código Penal. Art. 16 – Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

⁶ Creemos que tal binômio estaria ausente nos crimes de organização criminosa, hediondos e afins. Mas comportaria diante do tráfico privilegiado do art. 33, §4º, inclusive passível de substituição por restritiva.

- 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 [...] Código Penal;
- IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do [...] Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo 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.

De início, o imputado deve reparar o dano à vítima, ou restituir o objeto da infração, salvo impossibilidade de fazê-lo, nos mesmos moldes dos artigos 78, §2º e 83, IV, do Código Penal, e art. 89, §1º, I, da Lei nº 9.099/1995. Muito interessante para o combate ao crime e à impunidade, em especial nos delitos de corrupção, lavagem de dinheiro e de “colarinho branco”, a obrigação de renunciar a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime.

São dois os tipos de prestações estabelecidas. A de serviços à comunidade ou entidades públicas, que deverá corresponder de 1/3 a 2/3 da pena mínima cominada ao delito. Tal fração comporta patamar intermediário, entre os gradientes de 33,333% a 66,666% da sanção. O local de cumprimento será indicado pelo juiz da execução, mas poderia ser estabelecido desde já no acordo, condicionado à homologação judicial. A lei não cita a carga horária, devendo constar na avença e, na falta, ser determinada em sede de homologação ou de execução, na forma do art. 149 da Lei nº 7.210/1984.

Já a prestação pecuniária entendemos seguir a regra de substituição do art. 45 do Código Penal, no patamar de 1 a 360 salários-mínimos. Será dirigida para entidade pública ou órgão de interesse social a ser decidida pelo juiz da execução, sem prejuízo de já vir indicada no acordo, mas sujeito à homologação. O ente beneficiário deve de preferência, mas não obrigatoriamente,⁷ ter por função tutelar bens jurídicos similares ou idênticos a aqueles que foram em tese violados pela infração penal.

Interessante o inciso V que prevê a possibilidade de o Ministério Público indicar outra condição a cumprir em prazo determinado, mas desde que compatível com o ilícito. A redação segue a linha da suspensão condicional da pena e a do processo (art. 79 do Código Penal e art. 89, §2º, da Lei nº 9.099/1995), referentes à condição adequada ao fato e à situação pessoal do imputado,⁸ estabelecida pelo juízo.

⁷ Exemplo é o destinatário do art. 45, §3º, do Código Penal: A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

⁸ O STJ decidiu favorável a tais condições, Jurisprudência em Teses, Edição 93, Tese 4, Brasília, 2018.

Dentre esta condição, poderemos ter, a exemplo do art. 47 e 48 do Código Penal,⁹ a interdição temporária de direitos e até a limitação de fim de semana, desde que compatíveis e adequadas com os fatos em questão, ou até alguma outra. Das referidas, entendemos a interdição temporária como proporcional e eficaz a luz dos objetivos do art. 28-A, V, do CPP, em especial por contemplar proibições do exercício de atividade, ofício, profissão, cargo, função ou mandato eletivo, além da vedação de participar de certames públicos, frequentar determinados lugares, ou o uso da CNH.

Para tanto, temos vários exemplos. O político ou servidor público envolvidos em casos de corrupção, burla à licitação ou delitos contra a fazenda pública, poderão ser afastados de seus cargos, do mandato eletivo e serem proibidos de participarem de concursos e concorrências públicas. O profissional da área da saúde incurso em crime culposo no exercício do seu ofício pode ter suspensa a sua licença. Igualmente o da área jurídica, que se valeria do seu conhecimento e integraria grupo criminoso, com ele perpetrando ilícitos. O motorista profissional que teria vários delitos de trânsito, pode ter suspensa a sua habilitação. Ou o operador do mercado de capitais, envolvido em um esquema contra o sistema financeiro, pode ser impedido de exercer a sua profissão e de frequentar a bolsa de valores e outras instalações sensíveis aos fatos apurados, durante um determinado tempo.

Com efeito, ousamos ir além dessa condição expressa, mas não explícita. E cogitamos que o Ministério Público e a defesa possam pactuar a possibilidade de que o imputado durante determinado tempo, e na forma da lei, colabore com as investigações dos demais fatos apurados ou dos crimes a eles conexos, sem que tal se confunda com a colaboração premiada. E vejam que interessante tal representaria para os objetivos de combate ilícitos. Por meio deste auxílio poderia ser possível descobrir e recuperar outros bens ocultos ou que sofreram lavagem, além de coautores, ou suspeitos, ou identificar práticas criminosas diversas. Mas tudo dentro dos preceitos claros do instituto, para aquilo que seja necessário e suficiente para reprovar e prevenir o crime.

Ainda, indicamos que a reparação do dano e a prestação pecuniária constem como *título executivo extrajudicial*, permitindo-se a cobrança na área cível como dívida exigível.

⁹ Código Penal. Art. 47 – As penas de interdição temporária de direitos são:

- I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;
- II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;
- III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo;
- IV – proibição de frequentar determinados lugares;
- V – proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

Art. 48 – A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Por fim, discordamos de eventual crítica a tal dispositivo. Não é uma novidade no sistema, pois conforme demonstrado já previsto em outras normas. Também, não se trata de condição demasiada aberta, ou sujeita aos abusos do Ministério Público, pois este, além de titular da ação, também é fiscal da lei – ainda que alguns queiram negar esta realidade – com funções de defesa da ordem jurídica (art. 127 da CF). Ademais, não seria um item arbitrário e unilateral, mas ajustado em comum acordo entre partes, com relação direta com os fatos, prazo específico e sujeito à homologação judicial.

5 Das vedações

As vedações estão estabelecidas no §2º, do art. 28-A, do CPP:

§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.

Primeiramente, se for cabível a transação penal esta tem preferência em relação ao acordo, por ser mais benéfica ao agente, estando dentro da competência dos Juizados Especiais Criminais (JEC, Lei nº 9.099/1995).

A reincidência é impeditiva do acordo. Aqui devem ser consideradas as regras e os prazos próprios, além das restrições dos artigos 63 e 64, e 44, II, 77 e 83 do CPB. Segue-se a mesma lógica do sistema que já impedia a concessão da substituição da pena privativa por restritiva de direitos, ou a suspensão da pena em caso de reincidência.

Também é impeditivo se a prova atestar a repetição de prática criminosa como um meio de vida, conduta habitual, reiterada ou propriamente profissional, salvo fatos insignificantes. Trata-se do mesmo critério já adotado por doutrina e jurisprudência¹⁰ para afastar a tese de crime continuado do art. 71, *caput*, do Código Penal.

¹⁰ Entre outros, STJ: “Ademais, o entendimento adotado pela Corte de origem está de acordo com a orientação pacífica deste Sodalício, pela qual a habitualidade criminosa impede o reconhecimento da continuidade delitiva. Havendo motivo de caráter subjetivo – o reconhecimento de que se trata de criminoso habitual – que impede a incidência da regra da continuidade delitiva em favor do paciente [...]” (HC 249.912/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 20/03/2014, DJe 26/03/2014, STJ).

Como requisito temporal está vedado o acordo de não persecução caso o imputado já tenha sido beneficiado por este nos últimos cinco anos. Mas também não poderá se valer dele se, neste mesmo prazo, já tenha sido-lhe concedido a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Também, entendemos incabível o benefício caso envolva a prática do crime hediondo,¹¹ considerando-se a natureza grave desta categoria de delitos, a disposição do constituinte em combater com maior rigor as práticas deste porte e a circunstância de que o conjunto de tais fatores formam uma barreira a contraindicar o acordo, na medida em que não atenderia aos critérios de necessidade e suficiência para a reprovação e a prevenção do crime.

Por último, é impraticável o benefício nas hipóteses de envolver crime de violência doméstica ou familiar, ou ainda se cometido contra mulher, em razão da sua condição particular de ser do sexo feminino. Segue-se, pois, o mesmo tipo de regramento e as restrições da Lei de nº 11.340/2006 (artigos 17 e 41).

¹¹ HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ARTIGO 28-A DO CPP. DESCABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. [...] Ainda que a Lei nº 13.964/19 não tenha reproduzido formalmente vedação da aplicação de tal instituto para os crimes hediondos ou equiparados, a tabulação de tal acordo, em princípio, não se revela suficiente para a reprovação e prevenção do crime de tráfico de drogas, notadamente quando o mercadejar de drogas é de monta. Além disso, não se pode olvidar, somente haverá acordo de não persecução penal se existente convergência de vontade entre as partes, não se tratando de direito subjetivo do paciente. Caso dos autos que, ademais, não autoriza a proposição do benefício processual de efeitos penais insculpido no artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, com redação incluída pela Lei nº 13.964/2019. Ausente confissão, muito menos formal e circunstancial, de modo que tal requisito, essencial à celebração do acordo, não se implementou no caso concreto. Outrossim, é certo que as causas de aumento ou redução da pena deverão ser consideradas para fins de aferição da pena mínima a que se refere o *caput* (inferior a 4 anos), tal como preleciona o § 1º do novel dispositivo legal introduzido no sistema processual penal pelo conhecido Pacote Anticrime. Para tanto, contudo, tais causas deverão estar descritas na exordial acusatória, o que não ocorreu na hipótese dos autos, não sendo possível afirmar a incidência da figura privilegiada do tráfico de drogas. Em reforço argumentativo, o inciso II do §2º do artigo 28-A do Código de Processo Penal veda a negociação jurídica pré-processual como alternativa à propositura da ação penal nos casos em que o investigado for reincidente, bem ainda quando houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual e reiterada. Paciente que, registrando inquéritos policiais recentes por fatos da mesma natureza, denota conduta habitual e reiterada de traficância, de modo que também atende ao requisito subjetivo obrigatório à incidência da norma. De salientar, por fim, que os fundamentos que sustentam a custódia preventiva do coacto e a impossibilidade de substituição por medidas cautelares diversas já foram objeto de apreciação por ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 70084415579. Constrangimento ilegal não demonstrando. Ordem Denegada. Unânime. (TJRS, 2ª Câmara Criminal, HC Nº 70084887991, Rel. Dra. Viviane de Faria Miranda, j. 26-04-2021).

Passaremos agora a formular os primeiros questionamentos e críticas. O dispositivo fala apenas em reincidência. Aqui entendemos que esta deve ser interpretada de acordo com o sistema penal como um todo, não apenas com os artigos 63 e 64, mas também com os artigos 44, II, §3º, 77, I, §1º, 93, 94 e 95, todos do Código Penal.¹²

Primeiramente, não vemos obstáculo de que seja aplicado o acordo de não persecução se não reincidente propriamente em crime doloso, ou se a condenação anterior foi tão só a pena de multa. Em verdade, estando-se diante de infração culposa ou apenada com sanção pecuniária seria desproporcional afastar o instituto e negar interpretação ao sistema penal como um conjunto coeso, na medida em que os benefícios da substituição e da suspensão condicional da pena são possíveis em tais casos, conforme os artigos 44, II, e 77, I, §1º, do Código Penal.

Com efeito, cumpre também lembrar que o próprio art. 28-A, §2º, III, CPP, não considera como reincidência e conduta criminal reiterada quando forem “insignificantes as infrações penais pretéritas”. Podendo se interpretar que condenação anterior por delito de menor potencial ofensivo não seria impeditivo, por ser de pouca significância.

Contudo, fora de tais hipóteses, haveria alguma situação de reincidência que tornaria possível invocar dispositivo legal que autorizasse o acordo? O art. 44, §3º, do Código Penal permite a substituição da pena privativa pela restritiva mesmo no caso de reincidência, se presentes os requisitos legais e apenas desde que não em face do mesmo crime e se a medida for socialmente recomendável. Caso eventualmente no futuro mostre-se aceito o acordo para os casos de reincidência, é incontroverso ser proibido para os reincidentes específicos, mas para os demais seria necessário exigir-se que o postulante tenha logrado a reabilitação criminal, dos artigos 93 a 95 do Código Penal.

Entendemos tal situação como extremamente delicada e que de alguma forma abre uma brecha legal, se estiverem presentes uma série de requisitos, sobre os quais discorreremos em nível hipotético, por se tratar de questão nova, a ser enfrentada. Mas, na medida em que ainda em aberto, doutrina e jurisprudência

¹² Substituição da pena privativa, por restritiva. Art. 44, §3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. Art. 77 – A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I – o condenado não seja reincidente em crime doloso; [...]

§1º – A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

Art. 93 – A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. [...]

dência deverão dar os devidos contornos, permanecendo por ora a interpretação literal e que veda ao reincidente. De qualquer forma, pontuamos que um critério essencial para definir tal possibilidade diz respeito à proporcionalidade da medida, diante daquilo que é necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, como requer o instituto.

Agora tratemos dos requisitos subjetivos. Mais do que socialmente recomendável o acordo deve ser penal e processualmente indicado, como do interesse público e do sistema de justiça como um todo, representando reais vantagens, em detrimento do custoso, longo e incerto caminho processual.

Contudo, além disto, ainda deve ser necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, conforme exige o caput do art. 28-A. Ou seja, os ganhos devem ser práticos e visíveis, e para os vislumbrarmos não precisamos ir longe, pois é requisito da lei a reparação do dano ou restituição da vítima, a renúncia a bens, direitos, produtos, proveito e instrumentos do crime, a prestação pecuniária e de serviços, sem prejuízo de outras medidas, cuja cumulatividade entendemos aqui ser cabível e de bom alvitre.

Portanto, diante da conjugação de todos os fatores enumerados, podemos dizer, numa análise inicial, que o acordo de não persecução penal pode ser considerado quando frente a tais circunstâncias, as quais sempre devem levar em conta o princípio da proporcionalidade, tanto sob o enfoque da proibição do excesso, como da proibição da insuficiência, e a sua decomposição como adequado, necessário e proporcional em sentido estrito da medida no caso concreto (razoabilidade).¹³

A segunda crítica diz respeito com a vedação do benefício caso o agente já tenha sido contemplado com a transação penal ou a suspensão condicional do processo, nos cinco anos anteriores à infração apurada. Ora, transação e *sursis* processual são mecanismos previstos na Lei dos Juizados Especiais Criminais, que trata dos crimes de menor potencial ofensivo (apenados com até dois anos) e daqueles com sanção mínima de um ano, independente de terem sido praticados com violência ou grave ameaça. De onde, os citados não guardam relação direta com o novel instituto de acordo de não persecução, que se destina a crimes não violentos e sem grave ameaça, cujo marco temporal é de pena mínima inferior a 4 anos e sequer chegando a ter recebimento da denúncia, diverso do *sursis* processual no qual já temos ação penal em curso.

¹³ Sobre a temática ver FLACH, Michael Schneider. O Princípio da Proporcionalidade como Limite Penal. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 68, jan./abr., 2011, p. 157-86; FLACH, Michael Schneider. A Estreita Vinculação entre Direito Penal e Constituição. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, São Paulo, ano 10, n. 18, 2010, p. 201-233; e BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. 3. ed., Madrid: CEPC, 2007.

A incoerência do legislador é tal que compara e mistura situações imiscíveis e incomparáveis. Na prática, a própria Lei nº 9.099/1995, que possui um sistema e rito próprio, não impede que agentes que já tenham sido contemplados com a transação penal recebam a suspensão condicional do processo, e vice-versa. Ou seja, aquilo que a lei específica não impede, nem associa internamente, pretende o legislador aqui fazer externamente, para outra categoria de delitos. E mais, o legislador entra em contradição com a sua própria ordem.¹⁴ Basta ver que no art. 28-A, §2º, III, do CPP, não considera como reincidência e conduta criminal reiterada e habitual quando forem “insignificantes as infrações penais pretéritas”, inclusive adota o plural, permitindo que estas podem ser múltiplas.

Questiono: o que são as infrações penais sujeitas a transação, senão de pouca significância, já que nominadas como de menor potencial ofensiva? Então, se no inciso II, final, várias parcas infrações anteriores não servem para caracterizar a contumácia, com muito mais razão um único delito que ensejou uma singela transação não pode servir de obstáculo para se conceder um benefício de outra espécie, que é o acordo.

Já em relação à suspensão, até entenderíamos a vedação do ajuste para os agentes que estivessem em fase de prova da suspensão condicional do processo, ainda não cumprida, com o feito ativo e não extinto (art. 89, §5º, da Lei nº 9.099/1995). Mas de todo desproporcional proibi-lo só pelo fato de já ter gozado deste *sursis* recentemente. Conclusões. Pugnamos que a transação penal anterior tem implicações só na renovação temporal deste benefício e não impede a realização do acordo. E que o gozo pretérito do *sursis* processual não impede a realização do ajuste se este processo já estiver extinto, e quando muito poderia ser negado com base na suficiência se o feito ainda estiver ativo.

Concordamos com o fito do legislador em não permitir o acordo nas hipóteses de crime de violência doméstica, familiar ou de gênero, seguindo a mesma lógica do ordenamento. Tal categoria de ilícitos é de todo odiosa e deve ser combatida, mas infelizmente ainda ocorre em grande número. De onde, de todo inegável a importância da lei específica, das suas várias previsões e vedação de benefícios comuns, além da tipificação do delito de *feminicídio* no art. 121, §2º, V, §2º-A e §7º, do Código Penal.

¹⁴ NUCCI, G. de Souza. *Pacote Anticrime Comentado. Lei 13.964/2019*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 63. “Neste ponto, parece-nos haver uma contradição. [...], se foi aquinhado com a transação penal (infração de menor potencial ofensivo) não vemos óbice ao acordo”. Afinal, o inciso II inclusive permite o acordo na “reincidência ou reiteração de infrações penais pretéritas insignificantes”, ignorando-as.

Mas nos atrevemos a algumas ponderações. A par da evolução estabelecida pela lei de combate a violência doméstica talvez seja preciso avançar em mais direções e verificar o tamanho da eficácia do curso processual e das condenações que têm sido obtidas. Muitas vezes assistimos vítimas acuadas, confusas e desamparadas, para as quais além da presença do Ministério Público é fundamental existir à assistência jurídica determinada pelo art. 28 da Lei nº 11.340/2006,¹⁵ nem sempre verificada.

Nestas situações temos em audiência distintos desdobramentos. A vítima é esclarecida dos seus direitos, de fazer uso do prazo de 6 meses sobre a representação, de não seguir com o procedimento, ou de reiterar a representação e se manifestar pelo curso do feito. Mas em todas elas o temor pode influir na manifestação da ofendida.

Caso o procedimento tenha sequência, é possível que o medo incutido e vivenciado pela situação de violência sejam determinantes para o relato e a posição da vítima. Podendo levar ao esquecimento, à contradição, ao desejo de não seguir com o processo, etc. Este quadro formulado em juízo hipotético deve ser pensado no sentido de quanto é doloroso para as ofendidas o curso do processo, comparado aos seus efeitos práticos. Pois além das absolvições, muitas vezes resultam em condenações a penas tímidas,¹⁶ de poucos meses e em regime aberto. O que se pretende expor é que, assim como criou toda uma sistemática própria para certas categorias de crime, as normas de combate à violência doméstica também poderiam prever mecanismos inéditos e singulares que fossem adequados, necessários, razoáveis e suficientes para a prevenção, a punição e a reparação destes repugnantes delitos que atingem as mulheres.

Deveríamos avançar para além dos padrões tradicionais de prestações pecuniárias ou de serviços, do apático regime aberto ou de meras restrições. Por exemplo, poderia ser exigido do agressor submeter-se a determinada categoria de tratamento que tivesse relação direta com o delito e a origem das agressões, como de combate à alcoolismo, drogadição, distúrbios de humor e conduta, para os quais a rede pública e os centros de atendimento psicossocial (CAPS) já possuem suporte em várias cidades. Proibição de frequentar e obrigação de comparecer a certos lugares, guardando relação direta com os fatos e o objetivo da sua não reiteração, dentre outros. E de submeter-se a práticas da Justiça Restaurativa

¹⁵ Lei nº 11.340/2006. Art. 28. É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.

¹⁶ NUCCI, *op. cit.*, p. 63, defende que tal acordo “é muito mais severo do que uma condenação por ameaça a uma pífia pena de detenção de um a seis meses ou multa. Deve-se rever essa política criminal esdrúxula de manter as penas dos crimes mais cometidos contra mulheres” (ameaça e lesões) em fração abaixo do razoável, e proibir “acordos que possuem mais restrições do que aquelas penas em si”.

(Resolução nº 225/2016 do CNJ).¹⁷ Enfim, eram essas as ponderações,¹⁸ esperando de algum modo contribuir com o debate.

A última crítica que apresentamos é quanto à ausência de previsão sobre as contraindicações ao benefício, diferente do que consta de forma expressa no artigo 76, §2º, III da Lei nº 9.099/1995, dos artigos 44, III e 77, II, do CPB e do art. 4º, §1º, da Lei 12.850/2003.¹⁹ No caso, entendemos que o benefício não deva ser concedido caso os antecedentes, a culpabilidade, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social não indicarem que o acordo seja necessário, suficiente, proporcional e eficaz para a prevenção e reprovação do crime.

Não se trata aqui de leitura arbitrária, na qual se pretende apontar condições que a lei não explicita. Mas, sim, como já dito, de uma interpretação do sistema de direito e processo penal como um todo. Assim como nos exemplos anteriores em que tal conjugação era favorável ao agente, aqui pontuamos situação na qual se mostra contrária, dentro de um juízo imparcial. Para obtermos tal conclusão não nos valem apenas dos citados dispositivos legais, mas nos socorremos do espírito normativo estampado no art. 28-A, *caput* e no seu §2º, II (habitualidade criminal). Também, invocamos o art. 18 da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público que regrou e estabeleceu requisitos para a investigação e o acordo de não persecução.²⁰

¹⁷ Resolução 215, Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma [...].

¹⁸ Sobre o tema ver CAMPOS, Carmen H. Violência Contra as Mulheres: Feminismos e Direito Penal. In: MACHADO, Bruno. (Org.). *Justicia Criminal Y Democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 289-321.

¹⁹ Lei nº 9.099/95, Art. 76, § 2º, III, Não cabe a transação se: “não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente”.

CPB, Art. 44, III, exige que “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”. CPB, Requisitos da suspensão da pena. Art. 77 [...] II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.

Colaboração Premiada, Lei nº 12.850/2003, art. 4º, § 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

²⁰ Resolução 181/2017 do CNMP. Art. 18. §1º Não se admitirá a proposta nos casos em que: [...]

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

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

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição [...];

V – o delito for hediondo ou equiparado [...];

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

De onde, caso a conduta social e a personalidade, as circunstâncias e os motivos, os antecedentes e a culpabilidade não sejam favoráveis, o acordo não pode ser concedido, pois atentaria contra um elemento fulcral dentro do objetivo mor da lei: ser *suficiente e necessário* para os fins de política criminal, de combate, prevenção e reprovação do crime e da criminalidade.

6 Da proposta ou recusa do ministério público

Além da etapa de formalização, o remédio para a recusa do Ministério Público em ofertar o acordo está previsto na parte final do art. 28-A do CPP:

§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.

§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.

O acordo de não persecução penal deve sempre ser firmado por escrito. Nada impede que a negociação entre as partes seja feita por qualquer meio de registro válido, como a filmagem. Em especial quanto à confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal pelo investigado, já que é requisito básico estabelecido do art. 28-A. Também, é importante que conste os efeitos do descumprimento, bem como o ônus do investigado em comprovar o adimplemento, ou justificar eventual impossibilidade.²¹

Participam da sua formalização o Ministério Público, o investigado e o seu Defensor. Caso não tenha Advogado próprio, nem possua condições financeiras de contratar, entendemos que o Ministério Público deva dirigir pedido, por cautela assinado com o próprio suspeito, para o respectivo juízo, ou no caso do atual art. 3º, letras A, B, C, D e E, ao Juiz de Garantias,²² para que este nomeie Defensor Público, de modo a dar-se pleno cumprimento aos artigos 5º, LV e 134 da Constituição Federal.

²¹ A Resolução 181 do CNMP orienta no art. 18, §2º, que a confissão e as tratativas do acordo sejam “registradas pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade”. E no art. 18, § 8º, ser dever do investigado comprovar o cumprimento das condições, sem notificação ou aviso prévio, e apresentar e documentar “eventual justificativa para o não cumprimento do acordo”.

²² Sobre os limites do Judiciário, nos valem de decisão do STF, Informativo 942: No acordo de colaboração premiada a “conveniência e oportunidade não se submetem ao escrutínio do Estado-juiz. Trata-se, portanto, de ato voluntário por essência, insuscetível de imposição judicial. Ademais, no âmbito da formação do acordo de colaboração premiada, o juiz não pode participar das negociações realizadas entre as partes, por expressa vedação legal (Lei nº 12.850/2013, art. 4º, § 6º) Isso decorre do sistema acusatório, que desmembra os papéis de investigar e acusar e aqueles de defender e julgar e atribui missão própria a cada sujeito processual.” (MS 35693 AgR/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 28/05/2019).

Com efeito, tal nos remete a uma questão de ordem prática a pontuar. É possível que o indiciado não possua Advogado, nem condições de contratá-lo, passando a ser atendido pela Defensoria Pública. Mas pode ocorrer que por algum motivo seja inviável o seu comparecimento à audiência de proposta do acordo na sede do Ministério Público. Ou seja, podem surgir obstáculos para o fulcral cumprimento da exigência de que o imputado tenha um defensor para lhe assistir durante os atos de negociação e a assinatura do acordo de não persecução penal. Contudo, tal obstáculo não pode ser uma barreira intransponível, nem contribuir para o adiamento por tempo demasiado e não razoável das circunstâncias em torno do ajuste, em sendo direito da parte.

Para tanto, formulamos uma possibilidade real, factível e legítima, para contornar esta problemática em concreto. Lembremos que vários incidentes processuais e concessões de benefício são lavrados de modo formal e solene por ocasião de audiência judicial. Inclusive, para a Resolução nº 181 do CNMP é possível que o acordo de não persecução penal seja formulado na própria audiência de custódia,²³ o que demonstra que a avença pode ser produzida e homologado diretamente na mesma solenidade judicial, na presença de todos os componentes exigidos no art. 28-A, CPP.

Assim, diante do comando constitucional no sentido da celeridade e razoável duração do processo, bem como do rito e apenas na impossibilidade de defensor acompanhar o imputado para o acordo,²⁴ vislumbramos como não vedado que o órgão do Ministério Público formule denúncia acompanhada de proposta de acordo de não persecução (como já ocorre na suspensão condicional do processo, art. 89 da Lei nº 9.099/1995).²⁵ Para fins de designação de audiên-

²³ Resolução nº 181, Conselho Nacional do Ministério Público, Art. 18. §7º, “O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.” E o art. 21 desta determina a observância dos direitos constitucionais do acusado, e de se aplicar, “no que couber, as normas” do CPP e da “legislação especial pertinente”, no mesmo nível ora aqui pugnado. Já a Resolução 213/2015 do CNJ, art. 8º, §1º, IV, ao citar a “adoção de outras medidas” na custódia, permitiria entre elas o próprio acordo.

²⁴ Constituição Federal. Art. 5º. LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

²⁵ Em crítica à Resolução nº 181/2017 do CNMP, sobre o acordo de não persecução penal, ainda não legislado, comentam ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações Preliminares Sobre o Acordo de Não Persecução Penal: da Inconstitucionalidade à Inconsistência Argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, nº 37, p. 239-262, dez. 2017, sobre o acordo “entre Ministério Público e o sujeito passivo da persecução penal, deveria ele se dar a partir do ajuizamento da acusação ou motivando o seu oferecimento (levando-se o acordo à apreciação judicial). É por isso que, na Alemanha [...] a negociação entre Ministério Público e sujeito passivo somente se dava após o oferecimento da acusação, pois o interesse de agir motivou a busca da punição daquele, ainda que de forma ajustada com o acusador público e o Poder Judiciário.” Outrossim, RIBEIRO, Leo Junqueira; COSTA, Victor Silva. Acordo de Não Persecução Penal: Um Caso de Direito Penal das Consequências Levado às Últimas Consequências. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 161, ano 27, São Paulo, RT, nov., 2019, p. 85-86, ao comentarem as previsões do ainda projeto, criticam o risco para as garantias constitucionais de o acordo ser realizado na fase de investigação.

cia para análise do benefício, aceitação e homologação, na presença do favorecido, Defensor, Ministério Público e Juiz.

Na sua peça, desde já o Ministério Público deve expor as respectivas condições que pretende exigir do imputado para fins de firmar o acordo. Embora não fiquem vinculados a elas, pois durante a negociação do ajuste pode ser possível que cláusulas devam ser modificadas, excluídas ou incluídas. A proposta deve conter a qualificação o mais completa possível do favorecido, e cópia dela deve vir junto aos autos.

Dentro do controle jurisdicional, de pronto o Magistrado deve verificar se presentes os requisitos mínimos e objetivos para o ajuste, podendo até mesmo rejeitá-lo e remetê-lo à nova apreciação do Ministério Público. E, estando em princípio em ordem a proposta, deve designar audiência para tal finalidade, determinando a intimação do favorecido, com cópia da proposta, para a sua ciência completa dos fatos. Deverá ele comparecer na data aprazada junto com seu Advogado, e na impossibilidade lhe será nomeado Defensor Público, em sendo o caso.

Então, durante esta solenidade todas as circunstâncias do acordo serão entabuladas e negociadas entre as partes, de forma espontânea e anuente, tudo sob a fiscalização do juízo que ali já está verificando o requisito da sua voluntariedade. No caso deste apontar alguma pendência, ela poderá ser sanada no próprio ato. Mas os envolvidos também podem solicitar prazo para análise, com a sequência das tratativas na sede do Ministério Público, ou mediante outra audiência desde já designada, a qual sempre será necessária, por conta da exigência de homologação judicial neste ato.

Em estando o acordo perfeito, na mesma ocasião será homologado, devendo ser intimada a vítima e devolvendo-se os autos ao Ministério Público para promover o cumprimento no juízo de execução penal competente. No caso de o juiz entender como necessário a readequação do pacto, os autos serão devolvidos ao “Parquet”, para a sua reformulação. Ou se rejeitar o ajuste, retornam a este para análise, art. 28-A, §§ 4º a 9º, mas sem que o Magistrado venha a imiscuir-se nas atividades do titular da ação penal. Já na hipótese de não aceitação pelas partes ou pelo juízo, este de pronto pode examinar a inicial, se é caso de rejeição, emenda ou recebimento (artigos 41, 395 e 396, *caput* do CPP). Sendo que se recebida, poderia valer-se da ocasião para citação, para fins celeridade, oportunidade e economia dos atos, sem prejuízo de outros princípios processuais relevantes.²⁶

²⁶ Neste sentido, nos valem dos seguintes princípios processuais do ordenamento, previstos no CPC: Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão [...] §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Entendemos, ser obrigação do Ministério Público analisar os requisitos objetivos e subjetivos para o acordo, manifestando-se de forma fundamentada sobre o seu cabimento ou não, o qual não se configura um direito subjetivo do réu, mas, sim, um *poder-dever* de análise por parte do órgão público titular da ação penal, na forma dos artigos 129, I, §4º, e 93, I, da Constituição Federal. Inclusive, a conclusão da I Jornada de Direito Processual Penal,²⁷ Enunciado 32, foi de que “A proposta de acordo de não persecução penal representa um poder-dever do Ministério Público”, mas “desde que cumpridos os requisitos do art. 28-A do CPP”. Em caso de recusa na proposta, esta “deve ser fundamentada, para propiciar o controle previsto no §14 do mesmo artigo”.

Outrossim, no caso de o investigado entender por possuir o direito, peticionar e ter sido negado pelo Ministério Público a oferta do acordo, o caminho restante é requer a remessa do procedimento de investigação para o órgão superior do “Parquet”,²⁸ seja para o Procurador-Geral de Justiça ou Câmara de Revisão, na forma e para fins do art. 28 do CPP.²⁹ O que também pode ser determinado pelo juízo, caso aponte o cabimento em tese do benefício e este não seja formulado.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

²⁷ I Jornada de Direito e Processual Penal, Conselho da Justiça Federal (Centro de Apoio de Estudos Judiciários), Enunciados Aprovados na Plenária, em 14/08/2020, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/jornada-direito-processo-penal.pdf>, acessado em 25 nov. 2020

²⁸ Interessante é o modo prático de como será este envio, diante do conflito entre a redação anterior do CPP e a nova por conta das reformas da Lei nº 13.964/2019, e a suspensão desta redação atual do CPP, a partir da Decisão Monocrática no STF ADIN’s de nº 6.298 a 6.300 e nº 6.305 (esta da CONAMP, decisão do Ministro Luiz Fux. STF. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>>. Acesso em: 17 maio 2020). O atual dispositivo remete ao art. 28 do CPP, que versa sobre o arquivamento da investigação criminal. Na redação anterior, o arquivamento era submetido ao competente juízo criminal, para o acolhimento. Porém, caso o judiciário considerasse improcedente as motivações desta peça deveriam remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, para análise e medidas. Contudo, agora o arquivamento não passa mais pelo crivo da vara criminal, mas é submetido diretamente a órgão revisor do Ministério Público, que pode ser uma Câmara ou Conselho de Revisão.

²⁹ Atual Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação [...].

Revogado Art. 28 CPP. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. V. Sum. 696, STF.

7 Da fase de homologação

Sobre a homologação e as condições formais, dispõe o art. 28-A:

§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.

Após a formalização do acordo pelo Ministério Público, em conjunto com a parte e o seu Advogado, ele será apresentado ao Juiz de Garantias para homologação, art. 3º-B, XVII, do CPP.³⁰ Para tanto, será designada audiência na qual o juiz irá verificar a sua legalidade e a voluntariedade, por meio da oitiva do investigado, presente seu defensor. Homologado judicialmente o acordo, o Juiz restitui os autos ao Ministério Público, para que seja iniciado o seu cumprimento, cabendo a este distribuir o feito na competente vara de execução penal, e que irá fiscalizar o adimplemento da avença.

Caso o juiz considere como inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições previstas no acordo, devolverá os autos o Ministério Público, para que este reformule a proposta, juntamente com a concordância do investigado e do seu Advogado. O juiz pode novamente recusar a homologação, caso a proposta não retorne devidamente adequada, ou se esta não atender algum ou mais dos requisitos legais.

Em caso de nova recusa de chancela judicial o feito é distribuído ao Ministério Público, para que complemente as investigações, opere diligências ou ofereça a denúncia. Contudo, nada impede o MP de tentar realizar nova adequação do acordo (às exigências legais e judiciais), pois o dispositivo não restringe a repetição de tais atos, os quais são do interesse tanto do “Parquet”, co-

³⁰ Cabe ao Juiz de Garantias, Art. 3º-B, XVII – decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação.

mo da defesa e da própria justiça pública.³¹ O Ministério Público também pode ingressar com Recurso em Sentido Estrito contra a recusa judicial de homologar o acordo, pelo art. 581, XXV, do CPP.³²

Salienta-se que a competência do juiz deve se restringir ao exame de questões formais e de legalidade, não podendo substituir a atuação Ministerial. Até determinar ajustes como a supressão ou a inclusão de cláusulas, de acordo com as circunstâncias em concreto e dentro dos parâmetros das exigências legais. Porém, não pode tomar o lugar das partes,³³ com exames discricionários e fora dos limites da sua atuação, restrita a suficiência, eficácia e não abusividade, sob pena inclusive de violar a sua total neutralidade, tornar parcial a sua atuação e subverter o sentido do sistema acusatório.

Inclusive, é neste sentido a posição da Comissão Especial do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) do Ministério Público:

ENUNCIADO 24 (ART. 28-A, §§ 5º, 7º E 8º). A homologação do acordo de não persecução penal, a ser realizada pelo juiz competente, é ato judicial de natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade da medida, não cabendo ao magistrado proceder a um juízo quanto ao mérito/contéudo do acordo, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade, atributo que lhe é indispensável no sistema acusatório.

Por fim, após a homologação, a vítima deve ser intimada desta e do teor do acordo, bem como de eventual descumprimento. Porém, ainda que não haja previsão expressa, considerando a nova configuração e a ordem de direitos concedidos à vítima, (como ter reparado o dano ou restituir a coisa, além da ciência do arquivamento e do acordo), não vemos óbice que ela solicite habilitação ao longo do procedimento, nos termos, limites e oportunidades dos artigos 268 e 269 do CPP. Já o prazo prescricional não flui enquanto não cumprindo, nem revogado o acordo, pelo art. 116, IV, do CPB.

³¹ Na ADI 6305/DF, a CONAMP também questiona o disposto no art. 28-A, §§ 5º, 7º e 8º, do CPP. Vide e ADI's 2698 a 6230, na qual o Ministro Fux chancela ser o *Parquet* “o legitimado constitucional para a elaboração do acordo”. E que “o magistrado não pode intervir na redação final da proposta de acordo de não persecução penal de modo a estabelecer as suas cláusulas”. Também, o STF já manifestou que: “O sistema acusatório confere ao Ministério Público, exclusivamente, na ação penal pública, a formação da *opinio delicti*, separando a função de acusar daquela de julgar”. Não cabe ao juiz superar o *dominus litis* e determinar o oferecimento de denúncia (ROHC, 120.370-GO, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 26/8/14).

³² CPP, Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: [...] XXV – que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A desta Lei.

³³ ARAS, Vladimir, et al. *Lei Anticrime Comentada*. Belo Horizonte: JH Mizuno, 2020, p. 221-224, crítica que “Admitir a eficácia do §8º do art. 28-A do CPP seria dizer que o juiz pode ordenar ao Ministério Público que denuncie”, devendo o dispositivo ter leitura constitucional. E, caso rejeitar o ajuste, “a decisão final sobre a viabilidade a conformação do acordo deve ficar com o próprio Ministério Público.”

8 Do descumprimento

Os casos e consequências do descumprimento estão assim elencados:

§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.

A prova da execução dos atos acordados é dever que cumpre ao sujeito passivo anuente.³⁴ No caso de apurado o descumprimento de qualquer das cláusulas do acordo, o Ministério Público deve comunicar o ocorrido ao juiz da execução penal, para fins de rescindir o acordo, e retornando os autos após para as devidas providências.

Entendemos que antes da adoção das medidas em torno do não cumprimento, o Ministério Público pode notificar a parte ajustante para que se manifeste sobre o motivo da inadimplência, justifique-a, retorne com a execução das medidas ou comprove o seu cumprimento regular ou total. Também, nada impede que o magistrado da execução realize o mesmo, podendo inclusive designar audiência de justificação para aclarar as circunstâncias, possibilitando a ampla defesa e o contraditório constitucional.

Com efeito, não vemos obstáculo para que o acordo seja reajustado,³⁵ diante de circunstâncias e justificativas específicas, mantendo a sua suficiência, necessidade e eficácia. Porém, caracterizado o descumprimento, o Ministério Público deve comunicar ao juiz da execução, a quem cabe revogar o benefício que está a fiscalizar, incluso por analogia com os artigos 131 a 146 da Lei nº 7.210/1984 (LEP). Após as providências, cabe ao “Parquet” apresentar à denúncia ao juízo competente, que pela reforma seria o Juiz de Garantia, o qual atua até o recebimento da inicial.

³⁴ De acordo com a Comissão Especial do CNPG e GNCCRIM do MP: Enunciado 26 (ART. 28-A, § 10) 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 ou aviso prévio, devendo apresentar, imediatamente e de forma documentada, eventual justificativa para o não cumprimento de qualquer condição, sob pena de imediata rescisão e oferecimento da denúncia em caso de inércia (§10º).

³⁵ A praxis permite a revisão do termo de ajustamento, que é uma espécie de acordo cível, na forma Lei nº 7.347/1985. Assim como a Lei nº 8.069/1990 (ECA), em relação à remição: Art. 128. A medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público.

Contudo, a lei nada refere sobre quem será a autoridade responsável pela revogação do acordo, se a que o homologou ou se aquela que o fiscaliza. Encontramos argumentos em ambos os sentidos. Primeiro, como foi a autoridade homologadora e é o responsável por todos os atos prévios ao processo, caberia ao Juiz de Garantias a sua revogação. Por sua vez, como após homologado o procedimento passa a tramitar em execução, e todos os incidentes processuais do nosso sistema na fase executória são decididos pelo respectivo Juiz aqui atuante, também é possível argumentar que os casos de descumprimentos devam ser decididos por este.

Um outro problema é a possibilidade de decisões conflitantes. Pode o Juiz da execução entender pela revogação e remeter o feito para o Juiz de Garantias. Mas este pode considerar que incorreu o descumprimento e devolver o procedimento para a execução. Ou seja, teríamos aqui um conflito de posições e, quiçá, de jurisdição. Ainda, pode ocorrer que o Juiz de Garantias designe audiência de justificação ou conceda prazo para a regularização e cumprimento da cláusula em aberto e, após sanado, remeta novamente o feito ao juízo executivo, passando aqui a seguir-se o seu curso regular.

De qualquer sorte, cremos que se trata de mais uma questão em aberto do novo instituto a qual deve ser aclarada e pacificada pela doutrina e jurisprudência. Porém, interessante pontuar que a Comissão Especial do CNPG e GNCCRIM do Ministério Público já se posicionou pela competência do Juiz de Garantias³⁶ para a revogação do acordo de não persecução penal, no que entendemos coerente.

Outro fato interessante é que se ocorrer do beneficiário realizar e comprovar o adimplemento do acordo, apenas após o cancelamento, motivado por sua desídia. Caso ainda não recebida a denúncia, entendemos que poderão ser aproveitados os atos, convalidando-se o adimplemento e extinguindo-se a punibilidade, pois o objetivo é a justa resolução consensual, a reparação do dano, a reprovação e a prevenção do crime.

Já na hipótese de recebida a inicial, apenas se poderia considerar satisfeitas as condições se em data anterior a revogação, ou em virtude de algum motivo justo, fortuito ou força maior para o atraso na observância das cláusulas, num juízo de proporcionalidade e ponderação,³⁷ ou, talvez, se ainda não iniciada a instrução. Mas se sentenciado o processo o acordo mantém-se revogado e perdido na sua plenitude, não podendo mais ser retomado. Ainda assim, em

³⁶ Enunciado 28 (ART. 28-A, §13). Caberá ao juízo competente para a homologação rescindir o acordo de não persecução penal, a requerimento do Ministério Público, por eventual descumprimento das condições pactuadas, e decretar a extinção da punibilidade em razão do cumprimento integral do acordo de não persecução penal.

³⁷ Sobre o tema ver ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

caso de condenação, a confissão, a reparação do dano,³⁸ a prestação pecuniária e de serviços e alguma outra condição realizada devem ser considerados na cominação e atenuação da pena, bem como para detração penal, caso substituída por medida restritiva de direitos.

Outrossim, se em relação ao delito e ao processo em questão estão presentes os requisitos objetivos para a oferta da suspensão condicional do processo, caberá ao Ministério Público também analisar as condições subjetivas, podendo então negar este benefício, baseado no não cumprimento das condições do anterior acordo de não persecução, com suporte no art. 28-A, §11, c/c os artigos 76, §2º, III, 89, *caput*, Lei nº 9.099/1995 e art. 77, II, do CPB. Incluso, este cita como impeditivo a “conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias”, os quais podem ser conectados a não adimplência do acordo e que estariam a indicar o risco de descumprimento atual, além da insuficiência de se estender um segundo benefício.

9 Dos efeitos do cumprimento

O cumprimento integral do acordo gera os seguintes efeitos:

§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.

Tanto a celebração como o cumprimento do acordo de não persecução penal não poderão constar da certidão de antecedentes criminais. Ressalvado o caso de se conter o registro para fins de verificar a concessão anterior do mesmo benefício, dentro do marco temporal de cinco anos, vedado pela lei.

Questão interessante é como se dará a implementação prática deste dispositivo. Se será em nível de interpretação, ou físico na mecânica cartorária. Ou seja, se os sistemas de informática serão programados de forma a não gerar nenhum tipo de registro, ou se será um arquivo específico sobre o acordo de não persecução. Ou se aqui se trata de cânone orientativo aos magistrados, no sentido de que a celebração do pacto não gera qualquer tipo de antecedentes, pois não se operou nenhum julgamento de mérito do caso. Enfim, a prática irá definir a forma correta e a praxe de tal fator. O certo, porém, é que não configura um antecedente, salvo para fins do próprio benefício.

³⁸ Atenuantes dos artigos 65, III, “b” e “d”, 66 (circunstância relevante) e 16 do CPB. A confissão pode ser utilizada como prova, a exemplo da colaboração premiada, a qual é meio de obtenção de prova.

Considerações finais

Da matéria analisada, passamos a elaborar as seguintes conclusões:

1. – O acordo de não persecução penal constitui-se em importante instituto na resolução do processo penal, de forma célere, menos custosa e certa, concilia importantes vetores da justiça, valoriza a confissão e a participação do Advogado, exige a reparação do dano e prestações em benefício da sociedade lesada pelo delito.
2. – Considerando-se os objetivos de política criminal, a mora e os custos processuais, além das péssimas condições dos presídios no país, o acordo deve receber interpretação extensiva, em face da proporcionalidade e dos fins que o instituíram.
3. – As vedações e os requisitos do acordo devem ser interpretados conforme o sistema penal e o processual como um todo. Ao que, recomenda-se que a reparação do dano e a prestação pecuniária constem como título executivo extrajudicial, de modo a permitir a cobrança no cível, como dívida de valor. Também, as partes devem ajustar sobre a utilização da confissão como prova, caso revogado o ajuste. Porém não é justo, técnico, nem coerente impor restrições por conta da percepção de benefícios anteriores da Lei nº 9.099/1995, em situações nas quais sequer esta própria lei exige.
4. – O Ministério Público é o titular da ação e de todas as circunstâncias em torno do acordo de não persecução penal, devendo manifestar-se de forma fundamentada, em especial nos casos de não entender pelo cabimento do acordo.
5. – A análise judicial para fins de homologação do acordo de não persecução penal deve ser realizada em termos de requisitos legais, não cabendo ao Magistrado impor barreiras indevidas e não homologar o pacto por motivos irrazoáveis.
6. – O acordo de não persecução penal trata-se de instituo misto, processual e penal, devendo a sua aplicação ser assim interpretada, incluso de acordo com os valores e princípios constitucionais, como da retroatividade da lei mais benigna ao imputado.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações Preliminares Sobre o Acordo de Não Persecução Penal: da Inconstitucionalidade à Inconsistência Argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, dez., 2017, p. 239-262.

- ARAS, Vladimir. et al. *Lei Anticrime Comentada*. Belo Horizonte: JH Mizuno, 2020. p. 221-224.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. 3. ed. Madrid: CEPC, 2007.
- CAMPOS, Carmen H. Violência Contra as Mulheres: Feminismos e Direito Penal. In: MACHADO, Bruno (Org.). *Justicia Criminal Y Democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime Culposos e a Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: RT, 2001.
- DIAS, Figueiredo Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I, São Paulo: RT e Coimbra, 2007.
- FLACH, Michael Schneider. A Estreita Vinculação entre Direito Penal e Constituição. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, São Paulo, ano 10, n. 18, 2010, p. 201-233.
- _____. O Princípio da Proporcionalidade como Limite Penal. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 68, jan./abr. 2011, p. 157-186.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*. Tomo I, Campinas: Russel, 2003.
- NUCCI, G. de Souza. *Pacote Anticrime Comentado. Lei 13.964/2019*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- RIBEIRO, Leo Junqueira; COSTA, Victor Silva. Acordo de Não Persecução Penal: Um Caso de Direito Penal das Consequências Levado às Últimas Consequências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 161, ano 27, nov. 2019, p. 85-86.

