

Rafael Cabreira: ANPP e justiça consensual criminal

O alto número de processos e a morosidade na prestação jurisdicional, somados ao custo elevado, têm impactado a processual brasileiro.



Inserido no artigo 28-A do Código de Processo Penal, pela Lei

nº 13.964/19, o acordo de não persecução penal é um instrumento que faculta às partes a suspensão da investigação criminal ou do processo já em andamento, mediante o cumprimento de determinadas condições pelo investigado/acusado.

Importante observar que o sistema norte-americano, referência da justiça negociada, possui pontos de divergência dos sistemas de justiça de origem romano-germânica. No *guilty plea* autoriza-se a imediata aplicação da pena como forma de substituição do processo — a condenação é consequência lógica. Nos sistemas *civil law*, como no Brasil, a confissão é tida como elemento de prova a ser analisada pelo juiz em conjunto com outras existentes.

Trata-se, portanto, de regras que muito se distanciam das características do sistema *civil law*. Corolário disso pode ser o comprometimento do sistema quando da simples importação do modelo de acordos por aqui.

Origem, requisitos e características do ANPP

A justiça criminal negociada tem origem no sistema de justiça norte-americano (*plea bargaining*). Sobre o tema, importante destacar os apontamentos de Marcella Nardelli, *verbis*:

"De acordo com a lógica do funcionamento do processo penal norte-americano, a declaração judicial de culpa do acusado — que encerra o trâmite processual visando a descoberta da verdade — pode ser substituída pela simples declaração formal de culpa do próprio suspeito durante seu comparecimento inicial em juízo na acusação que lhe é movida, o chamado guilty plea. Essa declaração de culpa já é hábil, por si só, a ensejar uma condenação e permitir a aplicação da pena pelo juiz, o que ocorrerá após uma audiência para discutir a dosimetria.



Assim, após uma fase inicial investigatória perante a polícia e a promotoria de justiça, esta oferece formalmente a acusação contra o imputado, que deve comparecer em juízo para formalizar o plea, que nada mais é do que sua declaração formal acerca das acusações formuladas. O acusado pode, então, declarar-se culpado (guilty plea) ou inocente (not guilty plea). Ressalte-se que em certas jurisdições é admitida a manifestação do acusado pelo desinteresse em impugnar a acusação, sem que isso signifique a assunção da culpa (nolo contendere plea). Os efeitos dessa manifestação no tocante à condenação, todavia, equiparam-se aos de um guilty plea, estando a distinção relacionada aos efeitos em relação a eventuais ações civis baseadas nos mesmos fatos.

A declaração de inocência (not guilty plea) levará o processo ao trial e pode ser vista como uma expressão do direito do acusado à presunção de sua inocência. Por ela, todo o procedimento se desenvolverá perante o júri popular e a promotoria deverá provar a acusação beyond a reasonable doubt. Por outro lado, caso a declaração seja de culpa ou de nolo contendere, passa-se diretamente à fase de aplicação da pena" [1].

No Brasil, com o advento da Lei nº 13.964/19, amplia-se a justiça criminal negociada, inaugurada com os Juizados Especiais Criminais com a Lei nº 9.099/95. Trata-se de legislação que enfatiza a ideia de descentralizar a resolução dos conflitos penais. Com elogios e críticas, os acordos em matéria penal são cada vez mais uma realidade imposta no nosso sistema.

Observa-se na justiça do consenso o efficientismo como marca, o que tem feito ganhar espaço e adeptos enquanto solução para os conflitos em sistemas de justiça pouco eficientes — inclusive em países que seguem a *civil law*.

O acordo de não persecução penal, possui como requisito formal pelo menos investigação criminal, desde não haja possibilidade de arquivamento. É dizer, que possa resultar em ação penal. Nos casos de não haver justa causa ou se ausentes os pressupostos processuais mínimos ou as condições para o exercício da ação penal, deverá ser promovido o arquivamento nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal.

Ressalte-se que a iniciativa do acordo será sempre do Ministério Público, não se admitindo nos crimes de ação penal de iniciativa privada. Isso porque além de não haver previsão legal, tal como ocorre na transação penal e na suspensão condicional do processo, ficaria desprovida de solução a hipótese em que houvesse a recusa da vítima em fazer a proposta de acordo — o juiz não poderia fazê-lo de ofício, considerando a estrutura do sistema acusatório vigente, tampouco o MP, cuja legitimidade está limitada nos termos do artigo 129, I, Constituição Federal.

Impende lembrar que as ações penais de iniciativa privada reverenciam outros princípios, como a possibilidade de perdão, perempção, renúncia e decadência — ausentes nos crimes de ação penal pública.

Quanto ao momento, ressalta-se que o a proposta de acordo pode ser ofertada até o recebimento da denúncia, podendo, portanto, alcançar processos em curso, desde respeitado o momento processual adequado [2].

Nos termos do *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal, é imprescindível a confissão formal e circunstanciada dos fatos objeto de investigação ou ação penal. A confissão deve ser livre e consciente e feita na presença de seu defensor e do membro do Ministério Público.

No caso do suposto cometimento de duas ou mais infrações penais, havendo confissão em relação a apenas uma delas, o acordo poderá ser feito em relação ao fato confessado. Havendo justa causa, a denúncia deverá ser oferecida em relação ao outro fato que não foi objeto de confissão.

Ainda sobre o ato de confissão, caso o acusado indique, por exemplo, excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, não há impedimento para a realização do acordo. Nesse sentido, observa-se decisão do Superior Tribunal de Justiça indicando que a denominada *confissão qualificada* deve resultar na aplicação da atenuante prevista no artigo 65, III, *d*, do Código Penal [\[3\]](#).

A conduta praticada deve ser despida de violência ou grave ameaça com pena mínima inferior a quatro anos. Adotou-se o parâmetro da pena mínima em abstrato considerando eventuais causas de diminuição e aumento (artigo 28-A, §1º, do CPP).

Cumpridos os requisitos para o acordo, estabelece-se as condições para o cumprimento entre o órgão de acusação e o investigado/acusado e seu defensor.

Consoante a nova legislação dispõe, a primeira condição trata da reparação do dano ou restituição da coisa à vítima. Considerando que a vítima não participará do acordo, eventual complementação a título de valores poderá ser postulada em ação própria no juízo cível.

A segunda condição prevista trata da renúncia voluntária de bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime.

Num primeiro momento nota-se uma atecnia redacional no dispositivo porquanto impossível a renúncia *involuntária*. Do contrário estar-se-ia diante de confisco ou extorsão ou, ainda, exercício arbitrário das próprias razões, tratando-se de eventual coação levada a efeito por particular.

O inciso III do artigo 28-A do CPP, dispõe como terceira condição a prestação de 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 artigo 46 do Código Penal.

O dispositivo evidencia de modo expresso a incidência de pena — ainda que denominada de condição o inciso faz referência ao artigo 46 do Código Penal, que trata das penas restritivas de direito.

O último ponto recebe críticas da doutrina porquanto estar-se-ia diante de flagrante ausência de isonomia. Fixar *quantum* mínimo para o cumprimento da pena — leia-se: condição — pela metade do tempo não teria justificativa lógica. O cumprimento em menos tempo, quando possível, possibilita a extinção da punibilidade em lapso temporal breve, o que parece salutar para todos os envolvidos, sobretudo pelo alto compromisso do *apenado* quando vislumbra a possibilidade de ver cessar a submissão própria ao sistema penal.

O inciso quarto traz como condição o pagamento de prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do artigo 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

A parte final do dispositivo reforça o caráter retributivo e preventivo da condição, o que parece salutar.

Como última condição, dispõe o inciso quinto: *cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada*. Trata-se de cláusula aberta que permite ao Ministério Público instituir outra condicionante para o acordo. Tem-se aqui exemplo de interpretação analógica, porquanto não seria possível se distanciar da essência e da natureza das condições precedentes, embora com elas não possa coincidir.

Ponto de destaque trata da rescisão por não cumprimento do acordo. Nesse caso deverá o membro do MP oferecer a denúncia e o processo seguirá seu curso. No caso de rescisão parcial, *"devem ser observados os princípios da boa-fé e do adimplemento substancial, amplamente consagrados na teoria dos negócios jurídicos. Assim, se rescindido o acordo por qualquer motivo, o processo retoma seu curso. Em caso de absolvição deve-se restituir tudo o que foi eventualmente pago a título de reparação dos danos ou prestação pecuniária. Mas e se condenado? Igualmente devemos abater (lógica da detração) a prestação pecuniária já paga, a indenização e o tempo de prestação de serviços à comunidade"* (LOPES JR., 2021, p. 226/227).

Caráter despenalizador

Parte da doutrina defende a ideia de que o instituto do acordo de não persecução penal teria caráter despenalizador. O tema merece uma análise detida.

Importante observar que uma vez admitida a natureza despenalizadora, comete-se o equívoco de negar a verdadeira essência do instituto, que traz consigo a obrigatoriedade do cumprimento de sanções. Ressalte-se, ainda, que institutos como este aumentam a atuação estatal, o que resulta em verdadeira ilusão da ascensão do direito penal mínimo.

Seja por meio de um processo penal dito convencional, seja por intermédio de um acordo entre as partes, sanção haverá. Neste caso, em verdade, o que se observa é que a sanção imposta passa a não ser mais uma consequência do delito, mas do acordo, o que de modo inexorável refletirá em superencarceramento — sistema já em colapso.

Considerações finais

Um sistema lento que clama por celeridade processual diante de uma demanda que só cresce é terreno fértil para o fortalecimento do discurso expansionista dos espaços de consenso em âmbito criminal. Trata-se, no entanto, de tema sensível que não pode ser tratado com pressa e despido de uma análise verticalizada. Imprescindível, portanto, que se caminhe pelos trilhos da cautela nesse novo momento do processo penal brasileiro.

Não parece acertada a ideia de que o acordo de não persecução penal tenha assumido um caráter puramente despenalizador, senão que se está diante de uma ascensão do direito penal mínimo, tal como visto nas ferramentas oferecidas pelos Juizados Especiais Criminais.

Importante perceber que o imediatismo no processo pode causar danos irreparáveis ao acusado quando não respeitado justamente o lapso temporal adequado para uma acusação amparada em causa justa. A eficiência não pode anular garantias.

Em verdade, a justiça negociada se afasta do modelo acusatório, no qual há uma inexorável separação entre aquele que acusa e aquele que julga. Exige-se, ademais, um distanciamento do juiz ao trabalho de investigação e o obriga a um comportamento passivo quando às provas das quais é destinatário. A gestão probatória, no sistema acusatório, cabe às partes. Nos acordos em processo penal se mostra imperioso um especial cuidado para que a acusação não se transforme em instrumento de pressão sobre o acusado — por vezes não interessado em realizar o acordo — e, assim, resulte em autoacusação falsa para fugir de um processo penal.

Ponto importante e que resulta em opiniões dissonantes trata da confissão do acusado para a realização do acordo. A presunção de inocência, princípio de envergadura constitucional parece fragilizada com a exigência, sobretudo porque o ato da confissão se daria diante de mera acusação, que inegavelmente possui exigência de qualidade probatória inferior do que para condenação. Não por outro motivo observa-se em modelos negociais sem limites de pena, como o norte-americano, altas cifras de condenações.

Em última análise é importante exercitar um processo de reflexão a respeito das mudanças imparáveis que acontecem no processo penal. A negociação na seara criminal pode ser perigosa se imposta de maneira irrefletida. A importação pura e simples do *plea bargaining* ao sistema brasileiro não parece ser medida acertada porquanto tratam de realidades distintas.

Ressalte-se que com a vigência dos institutos da transação penal, do acordo de não persecução penal, da suspensão condicional do processo e da delação premiada, resulta em alto índice de tipos penais passíveis de negociação.

Parece ir de encontro às garantias constitucionais a admissão de pena privativa de liberdade sem prévio processo. Nesse sentido parece ter andado em bons caminhos o legislador ao estabelecer limites ao acordo, sobretudo quanto à pena mínima.

O aclamado argumento do eficientismo não pode se sobrepor às garantias constitucionais conquistadas ao longo dos anos. A justiça penal negociada, realidade em diversos sistemas de justiça, avança no sistema processual brasileiro. Que seja um instrumento de justiça e não de pressão que venha a culminar em distorções e punições irrefletidas.

**Referências**

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. *A Expansão da Justiça Negociada e as Perspectivas para o Processo Justo: A Plea Bargaining Norte-Americana e Suas Traduções no Âmbito da Civil Law*. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542/15863>. Acesso em 6 de setembro de 2021.

[1] NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. *A Expansão da Justiça Negociada e as Perspectivas para o Processo Justo: A Plea Bargaining Norte-Americana e Suas Traduções no Âmbito da Civil Law*. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542/15863>. Acesso em 6 de setembro de 2021.

[2] AgRg no AREsp 1909408/SC

[3] AgRg no REsp 1.198.354/ES