





JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E OS LIMITES DE DISPOSIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

*NEGOTIATED CRIMINAL JUSTICE AND THE PROVISION LIMITS BY THE PUBLIC
PROSECUTION OFFICE IN THE AGREEMENT OF NON-PROSECUTION*

Antonio Carlos da Ponte¹

 0000-0003-1479-2865

Flávio Eduardo Turessi²

 0000-0003-3413-2362

RESUMO

A partir de uma pesquisa jurídico-teórica da legislação e da teoria dos mandados de criminalização, pelo método lógico-indutivo e com apoio nas obrigações processuais penais positivas reconhecidas no Direito Internacional dos direitos humanos, o presente estudo busca discutir os limites de disposição do direito pelo Ministério Público, titular privativo da ação penal pública, na formulação de acordos penais, em especial do acordo de não persecução penal, colocando em evidência a legalidade estrita que, no sistema legal Romano-Germânico (ou *Civil Law*), orienta a atuação do órgão de acusação, e o princípio da proporcionalidade, na vedação da proteção penal insuficiente, concluindo pelo descabimento de ajustes negociais que, olvidando-se da efetiva tutela do bem jurídico-penal, revelem-se flagrantemente desproporcionais, meramente simbólicos, e que

¹ Ministério Público do Estado de São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual; Universidade Nove de Julho (UNINOVE), Programa de Pós-Graduação em Direito. São Paulo, SP, Brasil

² Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal no Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional-Escola Superior do Ministério Público (CEAF/ESMP), do qual faz parte da sua Congregação como membro docente. Correspondência para/Correspondence to: F. E. TURESSI. E-mail: <feturessi@terra.com.br>.

Como citar este artigo/How to cite this article

Ponte, A. C.; Turessi, F. E. Justiça penal negociada e os limites de disposição pelo Ministério Público no acordo de não persecução penal. *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, v. 4, e2310230, 2023. <https://doi.org/10.24220/2675-9160v4e2023a10230>



coloquem em descrédito o funcionamento do próprio sistema de justiça criminal brasileiro.

Palavras-chave: Justiça Penal Negociada. Mandados de Criminalização. Obrigações Processuais Penais Positivas. Princípio da Proporcionalidade. Limites de Disposição do Direito.

ABSTRACT

Based on a legal-theoretical research of the legislation and the theory of criminalization warrants, by the logical-inductive method and supported in the positive criminal procedural obligations recognized in the International Human Rights Law, the present study seeks to discuss the limits of provision of the law by the Public Prosecutor's Office, private holder of the public criminal action, in the formulation of criminal agreements, in particular the agreement of non-criminal prosecution, highlighting the strict legality that, in the Roman-Germanic legal system (or Civil Law), guides de performance of the prosecution body, and the principle of proportionality, in the prohibition of insufficient criminal protection, concluding that it is inappropriate to negotiate adjustments that, forgetting the effective protection of the criminal-legal interest, prove to be flagrantly disproportionate, merely symbolic, and that discredit the functioning of the Brazilian criminal justice system itself.

Keywords: *Negotiated Criminal Justice. Criminalization Warrants. Positive Criminal Procedural Obligations. Principle of Proportionality. Limits of Disposition of the Right.*

INTRODUÇÃO

A multidisciplinar Lei nº13.964/2019 foi inicialmente pensada para a adoção de medidas penais e processuais penais concretas que aumentassem a efetividade e a eficiência do sistema de Justiça Criminal brasileiro, notadamente no enfrentamento aos delitos de organização, crimes hediondos, estatuto do desarmamento, corrupção, procedimento especial no Tribunal do Júri, além da própria Lei de Execução Penal e de outras leis esparsas.

Dentre as suas profundas e importantes alterações, a Lei nº13.964/2019, reafirmando a adoção do sistema acusatório previsto no art. 129, inc. I, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), ampliou as hipóteses de Justiça Penal negociada na aplicação da lei, incorporando ao Código de Processo Penal o denominado acordo de não persecução penal, com previsão expressa em seu novo art. 28-A, *caput*, modelo especialmente voltado para infrações penais de médio potencial ofensivo.

O acordo de não persecução penal não foi inovação trazida ao ordenamento jurídico pelo legislador de 2019. Como se sabe, a possibilidade de celebração desse mesmo



negócio jurídico extrajudicial já era objeto de discussão e disciplina no sistema processual penal brasileiro com a edição do art. 18 da Resolução nº181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), posteriormente alterado pela Resolução nº 183/2018 daquele mesmo órgão colegiado, sendo possível sustentar, antes mesmo da vigência da Lei nº13.964/2019, sua aplicabilidade prática na realidade das coisas.

E nem mesmo a adoção e o reconhecimento de amplos espaços de consenso na aplicação da lei penal podem ser apresentados como novidade trazida pela Lei nº13.964/2019.

A partir do desenho de oportunidade regrada previsto no art. 98, inc. I, da Constituição Federal de 1988, que permitiu a criação e a instalação dos Juizados Especiais Criminais, com a aplicação de institutos despenalizadores como a transação penal, composição civil e suspensão condicional do processo, outras expressões de modelo consensual também foram sendo incorporadas ao sistema de Justiça Criminal brasileiro, como o visto, por exemplo, na Lei nº 12.850/2013 (Brasil, 2013), com a disciplina do acordo de colaboração premiada, e na Lei nº12.529/2011 (Brasil, 2011), que, ao tratar do acordo de leniência, em seu art. 87, *caput*, impede o oferecimento de denúncia em desfavor do agente leniente beneficiário do ajuste.

Inegavelmente, os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública, outrora marcados pela absoluta rigidez, foram sendo paulatinamente mitigados.

Tradicionalmente demandista no processo penal, o Ministério Público brasileiro, titular privativo da ação penal pública, passou a exercer, também, atribuição resolutive e o papel de conciliador do conflito, com sérias mudanças estratégicas de atuação e importantes implicações no seu regime jurídico institucional.

A atuação do Ministério Público, ao longo da persecução criminal, deixou de ser vista somente no campo judicial e passou a ser sentida, também, extrajudicialmente, não apenas pelo necessário e devido reconhecimento de sua legitimidade constitucional para a promoção independente e autônoma de investigações, mas, agora, pela atribuição que lhe foi sendo paulatinamente conferida na propositura de acordos penais e papel resolutivo das demandas processuais penais com a ampliação dos amplos espaços de consenso, evitando-se o processo penal tradicional para infrações penais de pequeno e médio potenciais ofensivos e, no limite, a aplicação de pena.

Buscando ajustar-se à nova realidade apresentada, dados compilados e divulgados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP) apontam que, no mês de outubro



de 2021, dentro da sua esfera de atribuições, atingiu-se a marca de 20 mil acordos de não persecução celebrados (Marca..., 2021, *online*).

Já no âmbito do Ministério Público Federal (MPF), de acordo com dados veiculados no portal de notícias do Superior Tribunal de Justiça (STJ), somente de 2019 a 2022 foram propostos 21.466 acordos de não persecução penal em todo o Brasil. Os delitos de maior incidência do instituto na esfera federal, no ano de 2021, de acordo com levantamento feito pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, foram o contrabando ou descaminho, estelionato majorado, uso de documento falso, moeda falsa, falsidade ideológica e crimes ambientais (Acordo..., 2023, *online*).

Como se pode perceber, as leis têm sido aplicadas e os acordos penais, em especial os acordos de colaboração premiada e os acordos de não persecução penal, têm sido celebrados e judicialmente homologados em todo o território nacional, produzindo importantes efeitos jurídicos, inclusive transversais³, e, notadamente, a extinção da punibilidade de investigados e réus pelo cumprimento de suas condições.

O consenso foi definitivamente incorporado ao sistema processual penal brasileiro, reforçando o papel do Ministério Público de Instituição condutora e indutora de política criminal, de acordo com a realidade concreta que se lhe apresenta, ainda mais quando se depara, para além dos estreitos limites deste estudo, com a adoção de um novo modelo de arquivamento interno de inquéritos policiais e investigações criminais igualmente instituído pela mesma Lei nº13.964/2019⁴.

Entretanto, diante desse cenário marcado por importantes alterações legislativas e novas formas de atuação, quais são os limites de disposição do direito, pelo Ministério Público, na formulação de acordos penais? O pragmatismo e a busca pela resolutividade dos conflitos permitem a formulação de acordos simbólicos e meramente formais? Num sistema legal Romano-Germânico (ou *Civil Law*), a efetiva tutela do bem jurídico-penal, à luz do princípio da ofensividade, refletido na expressão *nullum crimen sine injuria*, deve ser alijada da mesa de negociação? Num modelo de Estado social e democrático de Direito,

³ Até a conclusão deste estudo o STF discutia, nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1175650, com repercussão geral (Tema 1043), a legitimidade da celebração de acordo de colaboração premiada pelo Ministério Público em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, com julgamento iniciado em 2 de julho de 2023, e maioria já firmada a favor da constitucionalidade da medida.

⁴ O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, em decisão de 22 de janeiro de 2020, na relatoria das ADI's nºs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 suspendeu, *sine die* e *ad referendum* do Plenário da Corte, a eficácia da implementação de algumas disposições trazidas pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, dentre elas a implementação do juiz de garantias e seus corolários (CPP, arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, e 3º-F), e o novo procedimento de arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos de informação da mesma natureza (CPP, art. 28, §§ 1º e 2º).



constitucionalmente previsto no art. 1º, *caput*, da Carta Política de 1988, que reclama a devida ingerência penal como instrumento de efetiva tutela de direitos fundamentais, como conciliar a via negociada com o princípio da proporcionalidade, evitando-se acordos indevidos, de *lege lata* ou *ferenda*, e condições manifestamente insuficientes?

São esses os questionamentos que, a partir de uma pesquisa jurídico-teórica da legislação e da teoria dos mandados de criminalização, pelo método lógico-indutivo e com apoio nas obrigações processuais penais positivas reconhecidas no Direito Internacional dos direitos humanos, o presente estudo busca discutir, colocando em evidência a legalidade estrita que, num sistema legal de tradição Romano-Germânica, orienta a atuação do órgão de acusação brasileiro, e o princípio da proporcionalidade, na vedação da proteção penal insuficiente, concluindo pelo descabimento de ajustes negociais que, olvidando-se da efetiva tutela do bem jurídico-penal, revelem-se flagrantemente desproporcionais, meramente simbólicos, e que coloquem em descrédito o próprio sistema de justiça criminal brasileiro.

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL: PARA ALÉM DO PRAGMATISMO UTILITARISTA

Frequentemente criticado por não ser aparelhado com instrumentos céleres e eficazes voltados à eficiente prestação jurisdicional, o sistema de Justiça Criminal brasileiro é apontado por muitos como lento, caro, pouco efetivo e descumpridor das finalidades da pena.

Em estudo analítico, Carvalho (2018, p. 242-243) aponta que, em solo brasileiro, anualmente, são esclarecidos, apenas, entre 5% a 10% dos crimes de homicídio doloso, sendo que, na França, o percentual é de 80% e, na Inglaterra, 90%.

Prosseguindo em sua análise, Carvalho (2018, p. 242-243) avalia que, nos casos envolvendo corrupção:

[...] a regra ainda é a impunidade dos acusados graças aos infundáveis recursos e apelações processuais. A meta do Conselho Nacional de Justiça de 2012 para julgar, até o final de 2013, todos os processos relativos à corrupção entrados até 2011 chegou ao fim do prazo com apenas 54% dos casos nessa situação. A situação levou o próprio ministro-chefe da Controladoria Geral da União, Jorge Hage, a afirmar, referindo-se a crimes de corrupção no serviço público: ‘É quase impossível hoje ver um processo condenatório chegar ao fim’.

Dados compilados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontam que, após leve queda no ano de 2017, o acervo da Justiça Criminal voltou a crescer no Brasil no ano de 2018, com aumento de 0,7% em relação ao ano anterior. No total, somando processos



pendentes e baixados, 9,1 milhões de ações penais tramitaram no ano de 2018, excluídas as execuções penais. A Justiça Estadual é, de longe, o segmento com maior volume de autos de processos criminais, contando com 96,4% das ações em tramitação, isto é, 7,5 milhões de ações penais em todo o território nacional (Bandeira, 2019, *online*).

O mesmo estudo promovido pelo CNJ, sem mencionar o tempo de tramitação de recursos perante as Cortes Superiores, aponta que, na fase de conhecimento do primeiro grau das Justiças Estaduais, o tempo de duração de uma ação penal é de três anos e dez meses e, no segundo grau, de dez meses (Bandeira, 2019, *online*).

Nesse contexto, a busca pela necessária duração razoável do processo é, de fato, realidade a ser perseguida, seja no plano legislativo, com a simplificação de procedimentos, inclusive em sede de competência originária dos Tribunais, incremento da oralidade, e com a urgente readequação do anacrônico e ultrapassado modelo recursal previsto no Código de Processo Penal de 1941 (Brasil, 1941), seja no plano jurisdicional, por todos os atores do processo, enfrentando-se manobras processuais desarrazoadas que retardam a decisão de mérito e perseguem, apenas, a prescrição.

Aliás, é importante dizer que lentidão e ineficiência da Justiça Criminal não são temas recorrentes apenas no ordenamento jurídico brasileiro e nem tampouco preocupação recente dos operadores do Direito.

Em breve esboço histórico, R. Pastor (2002, p. 49) lembra que:

La excesiva duración de los litigios constituye uno de los mayores y más viejos males de la administración de justicia. Ya en la recopilación de Justiniano se recoge una constitución en la que se toman medidas 'a fin de que los litigios no se hagan casi interminables y excedan de la duración de la vida de los hombres'. Las leyes romanas posteriores a esa constitución establecieron un plazo preciso para la duración del proceso penal, disponiendo Constantino que empezara a contarse con la litiscontestación y que fuera de un año, plazo que, precisamente el próprio Justiniano elevó a dos. En la Magna Charta Libertatum de 1215 el rey inglés se comprometía a no denegar ni retardar derecho y justicia. En el mismo siglo, Alfonso X, el sábio, mandaba, en consonância con la fuente romano-justiniana de sus Siete Partidas, que ningún juicio penal pudiera durar más de dos años.

Não por acaso, na busca pela razoável duração do processo, garantia incluída no art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional nº45, de 2004, o Brasil e o mundo inteiro vivenciam intenso debate a respeito da ampliação dos espaços de consenso no processo penal como mais uma forma de torná-lo efetivo e cumpridor das expectativas sociais.

Nessa esgrima de proposições, a Assembleia Geral das Nações Unidas, reunida em 14 de dezembro de 1990, editou a Resolução nº45/110, conhecida como “Regras de



Tóquio”, reconhecendo expressamente a necessidade da adoção de medidas alternativas ao processo como forma de resolução de conflitos, como se extrai, por exemplo, do seu item 5.1:

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da Justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas (Brasil, 2026, *online*).

Assim, flagrantemente influenciados pelo sistema jurídico *Common Law* (anglo-saxão), vários ordenamentos mundo afora têm incorporado, em seus modelos de origem *Civil Law* (romano-germânico), institutos que ampliam os horizontes de consenso entre a acusação e a defesa na esfera processual penal, flexibilizando a obrigatoriedade da ação penal pública.

Essa, inclusive, a opção seguida pelo atual sistema processual penal francês que, com fundamento no art. 40-1 de seu Código de Processo Penal, em determinados casos e para certos crimes, permite que as denúncias sejam previamente submetidas ao Procurador-Geral que, nessa condição, decidirá se a acusação se faz necessária ou se são possíveis, no caso concreto, medidas alternativas ao processo tradicional⁵.

Na Itália, sucessivas reformas impostas ao seu Código de Processo Penal, de 1989, ampliaram o alcance do *patteggiamento* ou *negoziiazione*, modelo simplificado de aplicação de Justiça Penal consensual que abrange, inclusive, infrações de grande potencial ofensivo (Turessi, 2019).

Na América Latina, o Código de Processo Penal da República do Peru, promulgado em 25 de abril de 1991, em seu art. 2º, permite que o Ministério Público, com o consentimento expresso do imputado, se abstenha de promover a ação penal nos casos nos quais o agente tenha sido gravemente afetado pelo delito, em casos de delitos insignificantes (salvo se cometidos por funcionário público), e nos casos de culpabilidade reduzida, desde que reparado o dano, se a vítima desejar (Rusconi, 2005, p. 163).

⁵ Art. 40-1. *Lorsqu'il estime que les faits que ont été portés à connaissance en application des dispositions de l'article 40 constituent une infraction commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique le procureur de la République territorialement competente decide s'il est opportun: 1. Soit d'engager des poursuites; 2. Soit de mettre en oeuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 31-1 ou 41-2; 3. Soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient.* (République Française. Code Procedure Pénal. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071154/. Acesso em: 7 jul. 2023).



O Código de Processo Penal da República da Guatemala, de 1990, e o Projeto de Código de Processo Penal da República do Equador, também promovem a abertura de espaços de oportunidade, respeitados os critérios fixados pela lei (Rusconi, 2005, p. 163).

Sentindo os influxos desse modelo consensual de aplicação da lei penal, o legislador constituinte originário previu, no art. 98, inc. I, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), a criação dos Juizados Especiais Criminais, competentes para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo e orientados, dentre outros vetores, pela mitigação da obrigatoriedade da ação penal pública, por meio da *transação penal*.

No plano infraconstitucional, os Juizados Especiais Criminais ganharam corpo com a edição da Lei nº9.099/1995, que tiveram sua competência ampliada pela Lei nº 10.259/2001, passando a considerar infração penal de menor potencial ofensivo as infrações penais a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

E, para além da mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, com a previsão constitucional do instituto da transação penal, a Lei nº 9.099/1995 (Brasil, 1995), em seu art. 89, *caput*, também flexibilizou o princípio da indisponibilidade, permitindo a suspensão do curso da ação penal nas hipóteses de infrações penais punidas com pena mínima não superior a um ano, desde que cumpridas determinadas condições e preenchidos requisitos de ordem subjetiva.

A ampliação dos espaços de consenso na aplicação da lei penal tornou-se realidade. Na leitura de Giacomolli (2006, p. 100):

[...] as principais finalidades do consenso, no processo penal, de modo geral são: a aplicação de uma medida alternativa à prisão, a proteção da pessoa da vítima, evitar o estigma de 'processado' ao acusado – celebração da audiência, a produção de provas, confrontação com a vítima, por exemplo -, evitar os efeitos de uma condenação, dar um tratamento diferenciado à pequena criminalidade. Também não se pode esquecer dos efeitos preventivos destes mecanismos alternativos.

E, nesse ponto, é importante destacar que o modelo de Justiça Penal negociada é apenas uma espécie do gênero Justiça Penal consensual, sendo que a negociação penal não se esgota no *plea bargaining system* estadunidense.

Até mesmo no sistema jurídico da *Common Law* há diversas hipóteses que contemplam o poliédrico fenômeno da justiça negociada, algumas delas muito mais antigas do que o próprio *plea bargaining*, como o *approvment*, por meio do qual as autoridades negociam com o arguido a sua impunidade em troca do testemunho contra um corréu, e a *compounding*, hipótese em que o titular da ação penal privada renuncia à perseguição penal em troca de uma soma em dinheiro (Albergaria, 2007).



Entretanto, mesmo bem-vinda, oxigenando a legislação processual codificada que data de 1941, não se pode imaginar que a abertura da via consensual resolverá, por si só, todas as mazelas do sistema Justiça Criminal brasileiro, notadamente sua reconhecida lentidão pelo acúmulo de ações penais em andamento e seu caótico sistema prisional.

Nesse ponto, para o aperfeiçoamento das formas e espaços de consenso recentemente incorporadas, a experiência acumulada ao longo de quase trinta anos de vida dos Juizados Especiais Criminais, seus acertos e desencontros, não pode ser ignorada.

Os Juizados Especiais Criminais foram idealizados como uma alternativa à morosidade no enfrentamento às infrações penais de menor potencial ofensivo e, no limite, enfrentamento à impunidade, combatendo-se a prescrição.

Passando em revista momento histórico de gestação e criação dos Juizados Especiais Criminais e sua legítima busca pela desburocratização da Justiça Penal no país, Mirabete (2002) chega até mesmo a afirmar que, por um lado, o aumento da criminalidade tornava inevitável que se relegasse a segundo plano pequenas infrações penais, passando a ter preferência no julgamento os crimes mais graves diante da necessidade de se retirar do convívio social os indivíduos mais perigosos e, por outro, enxergava-se a necessidade de um procedimento sumário para a apuração dessas infrações menores, evitando-se manobras protelatórias que levavam à prescrição.

Contudo, é sabido que a maioria das Varas dos Juizados Especiais Criminais instaladas em todo o país, tanto na Justiça Federal quanto nas Justiças Estaduais, nos dias de hoje, assim como também se verifica com as Varas Criminais comuns, encontram-se abarrotadas de feitos, sendo certo que a Lei nº9.099/1995, mesmo orientada pelos princípios da simplicidade, oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, não resolveu o problema da morosidade do sistema de Justiça Criminal brasileiro⁶.

E tudo isso sem se falar na qualidade do conteúdo de certas propostas de transação penal, muitas vezes orientadas pelo absoluto pragmatismo, meramente simbólicas e claramente insuficientes à tutela do bem jurídico-penal tutelado pela lei, como no simples pagamento de cestas básicas pelo autor do fato, sem qualquer conteúdo terapêutico, medidas práticas voltadas ao prematuro encerramento do conflito que enfraquecem seus

⁶ Ver: Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Judiciário busca aprimorar Juizados Especiais após 25 anos de criação*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/judiciario-busca-aprimorar-juizados-especiais-apos-25-anos-da-criacao/>. Acesso em: 11 jun. 2023.



justos propósitos legitimadores, concorrendo para o descrédito social do próprio modelo consensual constitucionalmente proposto⁷.

Ora, não é possível estabelecer programas e estratégias eficazes de enfrentamento à crescente criminalidade, urbana ou organizada, e, simultaneamente, de modernização do sistema de Justiça Criminal, única e exclusivamente com base nos preceitos secundários dos tipos penais, olvidando-se da natureza do bem jurídico-penal tutelado, da prevenção geral positiva, da vítima, e, mais disso, de modernas orientações criminológicas e dos avanços de outras áreas do conhecimento humano, como a sociologia e a economia, deixando-se de aplicar o Direito Penal enquanto ciência global, sobretudo num país marcado por instabilidades políticas, sociais e econômicas (Turessi, 2019).

O emprego dos espaços de consenso com o único objetivo de abreviar um determinado caso concreto ou uma determinada quadra de infrações penais, ainda que sejam desprovidas de violência ou grave ameaça à pessoa, por vezes, também abrevia, para os órgãos oficiais encarregados da persecução criminal, a possibilidade do descobrimento de ramificações criminosas e da extensão dos danos sociais, materiais e imateriais, que uma determinada incidência criminal provoca no tempo e no espaço, sobretudo diante de condutas que causam lesão ou perigo de lesão a bens jurídico-penais difusos, como no caso dos denominados jogos de azar, lavagem de dinheiro, carteis e fraudes em licitações públicas, tráfico de drogas, corrupção eleitoral, crimes contra o Estado democrático de Direito, e de certos delitos ambientais contra a flora e a fauna, de incomensuráveis proporções.

Como se sabe, nosso ordenamento jurídico, aqui incluída a legislação penal e processual penal, voltado à regulação de conflitos de natureza individual, de viés clássico-liberal-individual, não acompanhou o devido reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões.

Feldens (2002, p. 58), apontando esse *déficit* de tratamento legislativo e descortinando indisfarçável incompatibilidade lógica e diferença de tratamento entre a

⁷ Merece destaque, como exemplo bem sucedido de aplicação do consenso na solução de controvérsias penais no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, o pioneiro “Projeto Cantareira de Mediação”, desenvolvido pela Promotoria de Justiça Criminal Regional de Santana do Ministério Público do Estado de São Paulo, iniciativa que, no último dia 5 de junho de 2023, completou 18 anos de existência, tendo o propósito de intervir nos conflitos originados de infrações penais de menor potencial ofensivo e caracterizado pelo emprego da transação penal como instrumento de restabelecimento do diálogo entre os envolvidos, a transformação dos participantes e a busca pela paz social. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Boas_praticas/Relacao_Projetos/MediacaoPenalInterdisciplinar/Resultados%20apurados%20no%20Projeto%20Cantareira.pdf. Acesso em: 7 jun. 2023.



criminalidade dita comum, ofensiva a bens individuais, e a criminalidade que atenta contra interesses coletivos e difusos, ilustra que:

Na hierarquia estrutural do sistema de tipos e sanções penais que corporifica nosso Código Penal, se ‘a’ e ‘b’ (ou Caio e Tício, para prestar vassalagem aos manuais) trombarem contra a vítima ‘c’ (Mévio, certamente), tomando-lhe alguns trocados (art. 157, § 2º, II, do CP), receberão uma pena mínima (5 anos e 4 meses de reclusão) equivalente ao dobro daquela que seria cabível para a mais estrondosa das sonegações fiscais (2 anos e 8 meses de reclusão, a teor do art. 1º da Lei nº 8.137/90 com a majorante do art. 12, I, da mesma lei).

Assim, diante de um Direito Penal cada vez mais funcionalista, a via consensual não pode se olvidar da vítima coletiva e dos danos sociais causados por condutas atentatórias a bens jurídico-penais universais, como no tráfico de drogas, cada vez mais interestadual e transnacional, e dos delitos de organização, que se desenvolvem numa zona gris de comportamentos, alternando atividades lícitas e ilícitas que dificultam sobremaneira o exercício das funções atribuídas aos órgãos públicos encarregados da persecução criminal.

Bem por isso, Roxin (2012, p. 82) afirma que “[...] transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo, em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto”.

Nesse mesmo caminho, perseguindo a racionalidade sistêmica das leis penais e processuais penais e propondo a construção de uma verdadeira teoria da legislação, Moraes (2016, p. 252) sentencia:

A delimitação sobre os conceitos de pequeno, médio e alto potencial ofensivo devem ser revistos porque se criou no país uma presunção fictícia de que ‘menor potencial ofensivo’ diz respeito à quantidade de pena e não à natureza do bem jurídico protegido. [...] não está claramente delimitado, com visão de unidade, conexão e coerência, a criminalidade que efetivamente constituiu alto potencial ofensivo e que recomenda sanções e medidas mais rigorosas.

Resta claro, pois, que, num sistema jurídico de origem *Civil Law* como o brasileiro, que orienta a prestação jurisdicional a partir da lei escrita como fonte do Direito (Vieira, 2007), a ampliação dos espaços de consenso e a legitimação da Justiça Penal negociada como uma via a mais de solução para as controvérsias penais não podem pautar-se, apenas, no pragmatismo utilitarista, olvidando-se da efetiva tutela do bem jurídico-penal e da legalidade estrita que o fundamenta.

Mais disso, num Estado social e democrático de Direito, que descortina uma verdadeira dupla face dos direitos fundamentais, traduzida pelo respeito (postura negativa) e pela sua efetiva tutela (postura positiva), o manejo da via negociada também



não pode olvidar-se da existência dos mandados expressos e implícitos de criminalização previstos na Constituição Federal de 1988, e, de forma complementar, das obrigações processuais penais positivas reconhecidas pelos diplomas internacionais de direitos humanos, orientando hipóteses de cabimento, de *lege lata* ou *ferenda*, e até mesmo o próprio conteúdo dos acordos penais, em sua concretude, como se verá a seguir.

MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO, OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS POSITIVAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO LIMITES À DISPOSIÇÃO DO DIREITO

O sistema jurídico brasileiro, de origem romano-germânica, tradicionalmente se orientou no sentido de que o Estado deveria perseguir toda e qualquer violação à norma penal, impondo ao titular da ação penal pública o dever de intentá-la sempre que presentes indícios de autoria e materialidade da infração penal, na expressão mais pura do princípio da obrigatoriedade (Noronha, 1996).

Todavia, como visto acima, diante da realidade superlativa que se lhe oferece, o conteúdo jurídico conferido à obrigatoriedade tem passado por novas leituras e modernas conformações, conferindo-se ao acusado, com a ampliação dos espaços consensuais, a possibilidade de ativa participação na eleição dos seus próprios destinos processuais, e, à vítima, maior visibilidade com vistas à reparação dos danos suportados.

A inflexível obrigatoriedade da ação penal, de fato, não se sustenta mais.

Nessa linha, é preciso dizer que, em nosso ordenamento, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública não tem natureza constitucional (Demercian; Maluly, 2023).

No plano infraconstitucional, ressalvada a regra contida no art. 30 do Código de Processo Penal Militar, o Código de Processo Penal de 1941, em seu art. 24, também não institui, expressamente, a obrigatoriedade da ação penal, afirmando, apenas, que, nos crimes de ação penal pública, esta será promovida por denúncia oferecida pelo Ministério Público (Brasil, 1941).

Assim, no sistema acusatório, ao adotar-se a obrigatoriedade da ação penal pública, reafirma-se o respeito do cidadão para com as autoridades de Estado e às instituições democráticas, elementos essenciais ao funcionamento do próprio sistema político (Montero Aroca, 2008), e não a imposição de uma tarefa cega e mecânica de perseguição judicial ao autor da infração penal.

O princípio da obrigatoriedade não pode ser levado às últimas consequências, até mesmo porque há uma gama de infrações penais que sequer são comunicadas ao



aparelhamento de *enforcement* do Estado, e outras que, mesmo conhecidas, não são devidamente apuradas, constituindo a chamada *cifra oculta* da criminalidade (Aras, 2019).

Com isso, a partir da abertura constitucional conferida à adoção de espaços de consenso no processo penal, para além do processo penal tradicional, legitima-se um novo modelo de aplicação da lei penal no ordenamento jurídico: Justiça Penal Consensual.

Portanto, a obrigatoriedade da ação penal pública deve se dar na necessidade da persecução e não na sua forma, de acordo com a orientação da política criminal implementada por cada ordenamento jurídico (Brandalise, 2016).

Nessa direção, Fernandes (2001) pontua que à política criminal não está reservada apenas a missão de determinar como deve ser a reação penal, mas também a tarefa de selecionar aquilo contra o que deverá reagir de modo mais formalizado ou não, e a intensidade dessa formalização.

Todavia, em nosso ordenamento jurídico, ao contrário dos sistemas jurídicos de origem *Common Law*, não se pode esquecer que é o princípio da legalidade estrita que instrumentaliza o próprio modelo acusatório, fazendo com que a atuação do Ministério Público fique restrita e adstrita às leis vigentes no país.

Nesse modelo, não há discricionariedade absoluta na atuação do Ministério Público e, dessa maneira, não se pode simplesmente importar, para o ordenamento jurídico brasileiro, institutos de Justiça Penal consensual manejados em outros países de tradição *Common Law*, notadamente os instrumentos processuais que compõe o *plea bargaining system* nos Estados Unidos da América.

Como explica Armenta Deu (2008, p. 206):

[...] la oficialidad de la acción y eventualmente el monopolio del fiscal surgen ante la inoperancia de la vigencia del sistema acusatorio puro; suponen la renuncia del ciudadano al ejercicio de la acción penal y su entrega al poder público y conllevan, como contrapartida, la seguridad para el particular de que el órgano acusador se verá obligado a perseguir todo delito conforme a la legalidad vigente sin que sean relevantes, a tales afectos persecutorios, otros criterios (de/ política criminal o de cualquier otra índole) que aquellos fijados y establecidos en la legislación penal.

Aliás, é justamente essa amplitude conferida à negociação penal no modelo estadunidense, no qual o membro do Ministério Público é eleito para o cargo e não investido por concurso público de provas e títulos, que faz com que muitos dos seus acordos penais sejam frequentemente criticados, seja pela insuficiência do conteúdo da proposta em relação à extensão do dano causado à vítima, seja por conferir tratamento desigual ao investigado com base em orientações político-partidárias pessoais, com indisfarçáveis reflexos na própria segurança jurídica do sistema.



De acordo com Zilli (2022, p. 55), estudos sobre a dinâmica da Justiça Consensual nos E.U.A. apontam que:

[...] não raro os réus inocentes preferem o caminho dos acordos, com a admissão da culpa, ao invés de optarem pela via disputada, com as garantias processuais que as acompanham. [...]. Por outro lado, a discricionariedade outorgada ao órgão acusador confere-lhe poderes amplos que perpassam pela concessão de grandes benefícios punitivos, como também no carregamento das tintas da acusação (*overcharging*).

Dessa forma, é forçoso reconhecer que, no ordenamento jurídico brasileiro, a ampliação dos espaços de consenso deve ser pautada, antes de tudo, pelo postulado da estrita legalidade, falando-se, assim, em oportunidade regrada.

Como se não bastasse, também não é possível legitimar-se o consenso no processo penal brasileiro, tanto para as hipóteses abstratas de cabimento, de *lege lata* ou *ferenda*, quanto para a materialização do conteúdo do negócio jurídico no caso concreto, olvidando-se do postulado da proporcionalidade e dos mandados de criminalização instituídos pela Constituição Federal de 1988.

O princípio da proporcionalidade foi originalmente concebido com o propósito de limitar o poder de controle do Estado no âmbito da *administración pública*, garantindo-se a liberdade individual contra eventuais abusos do poder público (Barros, 1996).

Em matéria penal, a proporcionalidade encerra a concepção de que a gravidade da resposta deve ser proporcional à gravidade do injusto penal, a ser verificada tanto de forma ampla, na cominação legal da sanção penal pelo legislador, quando de forma restrita, quando de sua individualização no caso concreto, vale dizer, “[...] *la pena habrá de, aparecer, en abstracto y en concreto, tanto merecida como necesitada y proporcionada*” (Aguado Correa, 1999, p. 276).

Todavia, para conferir-se concretude ao princípio da proporcionalidade, exige-se do legislador e do intérprete, diante de um sistema jurídico aberto e sujeito a valorações culturais em constante variabilidade, a permanente tarefa de manter vivas e aplicáveis às normas jurídicas ao caso concreto, para que tenham utilidade prática.

Debruçando-se sobre o postulado da proporcionalidade, Silva Sánchez (2012, p. 414), pontua que “*Admitido que ello está sujeto a baremos cambiantes en función de las coordenadas históricas y socio-culturales, cabe, sin embargo, apuntar la relación del merecimiento de pena con el daño social causado y su grado*”.

Mais disso, o manejo do princípio da proporcionalidade e a busca pelo necessário *equilíbrio* do sistema penal exigem coerência da legislação com o modelo de Estado constitucionalmente proposto e seus fins programáticos.



No Estado social e democrático de Direito, modelo expressamente agasalhado no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que concebe direitos fundamentais não apenas como liberdades públicas individuais, mas como imperativos de tutela e deveres de proteção estatal contra violações e ataques de terceiros, inclusive dos próprios particulares, é justamente o postulado da proporcionalidade que, de forma autônoma, confere conteúdo material a esse mesmo modelo de Estado (Bechara, 2014).

Ora, falar em Estado social e democrático de Direito importa em exigir de todos, autoridades públicas e particulares, o respeito aos direitos fundamentais, aqui concebidos e reconhecidos não apenas para a proteção individual, mas coletiva.

Na leitura de Canotilho e Moreira (2007, p. 208):

Ao Estado incumbe não apenas ‘respeitar’ os direitos e liberdades fundamentais, mas também ‘garantir a sua efectivação’. Daqui resulta o afastamento de uma concepção puramente formal, ou liberal, dos direitos fundamentais, que os restringisse às liberdades pessoais, civis e políticas e que reduzisse estas a meros direitos a simples abstenções do Estado. Com efeito, por um lado, importa defender os direitos de liberdades não só perante o Estado, mas também perante terceiros, sucedendo que, muitas vezes, é aquele quem está em condições de os garantir perante os segundos; por outro lado, direitos fundamentais são também os direitos positivos, de carácter económico, social e cultural, sendo que em relação a muitos deles é sobre o Estado que impende o encargo da sua satisfação (segurança social, saúde, educação).

Em nosso sistema jurídico, mesmo que não expressamente, a proporcionalidade ganha *status* constitucional a partir do disposto no art. 5º, incs. XLII, XLIII, XLVI e XLVII, da Constituição Federal de 1988, e, para a efetiva tutela de valores fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos, de forma completa e não meramente parcial, não se pode prescindir do Direito Penal como instrumento voltado à proteção desses mesmos direitos.

Bem por isso, destacando a relação umbilical entre o modelo de Estado democrático e o seu sistema jurídico-penal, Cunha (1995, p. 272) desvenda uma verdadeira dupla face do Direito Penal:

Por um lado, ele é a arma mais terrível nas mãos do Estado, não só por conter as sanções que, em princípio, mais interferem com valores fundamentais da pessoa, como pelos efeitos sociais que inevitavelmente desencadeia, e precisa, assim, de ser legitimado e limitado na sua actuação; legitimado e limitado não só quanto à forma de actuação, oferecendo garantias de imparcialidade e certeza jurídica, mas também quanto ao próprio conteúdo. Mas, por outro, ele é imprescindível para a própria defesa dos valores essenciais à vida do homem em sociedade.

Nessa mesma toada, Mir Puig (2007, p. 105) afirma que “A necessidade de proporção fundamenta-se na convivência de uma prevenção geral não só intimidatória, mas também capaz de afirmar positivamente a vigência das normas na consciência da coletividade (‘prevenção geral positiva’)”.



Resta claro que, na atual dogmática constitucional, os direitos fundamentais não se limitam à clássica função negativa de frear possíveis arbítrios estatais, vale dizer, não se restringem à proibição do excesso, e passam a desempenhar, também, o papel de mandamentos de proteção, traduzidos na vedação da proteção insuficiente, impondo ao Estado, numa perspectiva positiva, deveres de efetiva tutela (Baltazar Junior, 2010).

Nessa ordem de valores, não há completa e efetiva tutela de direitos fundamentais sem Direito Penal. É preciso abandonar a concepção de que o Estado e o próprio Direito Penal estão sempre em rota de colisão com os direitos fundamentais.

Não por acaso, a Constituição Federal de 1988, seguindo o modelo de importantes constituições europeias, como as da Alemanha, Espanha, Itália, França e da própria Comunidade Europeia, estabelece mandados de criminalização, indicando matérias sobre as quais o legislador penal ordinário não tem a faculdade de tratar, mas a obrigatoriedade de legislar, protegendo determinados bens e interesses de forma adequada e integral (Ponte, 2016).

Como afirma Gonçalves (2007, p. 153):

Longe de infirmarem os postulados do Estado Democrático de Direito, os mandados de criminalização só se justificam num sistema no qual a supremacia constitucional e a separação dos poderes – sempre apontados como requisitos essenciais desta forma de Estado – se apresentem de maneira efetiva e não apenas formal.

Anotam-se, na Constituição Federal de 1988, os seguintes mandados expressos de criminalização: (i) art. 5º, inc. XLII (“a prática do racismo constitui crime”); (ii) art. 5º, inc. XLIII (“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”); (iii) art. 5º, inc. XLIV (“constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”); (iv) art. 7º, inc. X (“São direitos do trabalhador (...): proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”); (v) art. 22, § 3º (“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas”); (vi) art. 227, § 4º (“A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”); (vii) art. 5º, § 3º (“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por



três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”).

Paralelamente, também é possível reconhecer a existência de mandados implícitos de criminalização, a partir da necessidade da mais completa tutela jurídico-penal possível aos direitos fundamentais, sempre que a proteção infraconstitucional conferida a esses mesmos direitos e valores se mostrar insuficiente por outros meios e instrumentos jurídicos.

De fato, não se pode admitir a taxatividade dos deveres de proteção jurídico-penal aos direitos fundamentais, vinculando-os exclusivamente aos mandados expressos de criminalização, sob pena de se provocar indisfarçável fratura sistêmica no ordenamento constitucional, admitindo que o Direito Penal está posto à serviço do objeto e não do sujeito, afrontando-se a dignidade da pessoa humana como verdadeira norma hipotética fundamental (Feldens, 2012).

Assim, quando confrontada com os mandados de criminalização, a eventual imunidade material conferida pelo Ministério Público, ao deixar de oferecer denúncia em razão da celebração de acordo de não persecução penal, revela a flagrante insuficiência da via negocial nessa quadra violações e de necessária ingerência penal, máxime quando se verifica, para os crimes hediondos e assemelhados (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo), a expressa impossibilidade de concessão de graça ou anistia.

Como instituição permanente incumbida da defesa da ordem jurídica, o Ministério Público, exercendo suas atribuições no processo penal, ao celebrar acordos penais, não pode descuidar-se da coerência, unidade e completude que devem orientar o próprio sistema jurídico-penal brasileiro, perseguindo sua estabilidade e, no limite segurança jurídica, contribuindo para a transposição de um Estado de Direito meramente formal para um Estado de Direito materialmente democrático.

Em complemento, também é preciso dizer que, para além da disposição contida no art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº45/2004, cabe ao Estado brasileiro, num verdadeiro controle de convencionalidade das normas, conferir efetividade interna aos Tratados e Convenções Internacionais que versam sobre direitos fundamentais subscritos e ratificados anteriormente àquela alteração constitucional, dado que ostentam categoria superior à da lei, mas inferior às normas constitucionais, conforme decidido pelo Supremo Tribunal



Federal (Pleno) no RE 466.343, ao declarar ilícita a prisão civil de depositário infiel em face dessa mesma normativa internacional de direitos humanos⁸.

Nesse ponto, é imperioso reconhecer a existência de um verdadeiro sistema interamericano de proteção integral aos direitos humanos, destacando-se, para os estreitos limites deste estudo, a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 1948, conhecida como Carta de Bogotá, e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), que culminou com a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica).

Com efeito, o Brasil ratificou a CADH por meio do Decreto Legislativo nº27, de 28 de maio de 1992, promulgada pelo Decreto Presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992, assumindo a obrigação de assegurar o seu cumprimento, de forma vinculante, e, por meio do Decreto-Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998, reconheceu a jurisdição contenciosa e obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), emitindo a respectiva Carta de Reconhecimento e depositando-a na OEA, com reserva de reciprocidade.

Portanto, diante da necessidade de afirmação interna desse tecido jurídico internacional voltado à proteção integral dos direitos fundamentais, para além da tutela penal material, com a previsão dos mandados de criminalização, também é possível atribuir-se aos seus Estados-membros signatários verdadeiras obrigações processuais penais positivas voltadas à efetividade do próprio processo penal das quais a via negociada não pode se distanciar.

É importante destacar a lógica que fundamenta essa normatização internacional de *proteção integral* aos direitos fundamentais: de um lado, respeito aos direitos e garantias individuais da pessoa acusada, e, de outro, máxima efetividade na apuração do ilícito e atribuição de responsabilidades (Turessi; Ponte, 2022).

Dedicando importante atenção às obrigações processuais penais positivas, Fischer e Pereira (2019, p. 95) pontuam que:

Partindo da noção dos direitos fundamentais como objeto indispensável de proteção criminal (pela perspectiva *integral* dos direitos fundamentais), tais obrigações processuais são extraídas não apenas de disposições específicas, relativas à proteção dos direitos à vida, integridade física e psíquica, liberdade individual, vida privada e familiar, mas também de cláusula genérica que exige dos países o respeito dos direitos de todos aqueles que estejam sob a jurisdição do Estado. São reconhecidas, assim, obrigações reais e positivas dos Estados membros, que consistem no dever de seus órgãos internos assegurar a salvaguarda desses direitos, prevenindo a violação e

⁸ STF, RE 466.343, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 03/12/2008, Repercussão Geral, DJe 05/06/2009.



esclarecendo judicialmente o cometimento de fatos ilícitos, como forma de efetuar sua repressão, não apenas formal e simbólica, mas adequada e concreta.

A aplicação da lei penal, seja pelo modelo adversarial, seja pela forma consensual, não pode se dar exclusivamente na perspectiva dos direitos e garantias da pessoa acusada, de maneira incompleta, olvidando-se da figura da vítima e de todo sistema jurídico vigente, inclusive no plano internacional, voltado à integral proteção de direitos fundamentais nas esferas material e processual penal.

Com isso, percebe-se que, no Brasil, ressalvadas as hipóteses das infrações penais de menor potencial ofensivo, passíveis de apuração por meio de instrumento administrativo mais célere e enxuto – *termo circunstanciado* –, a adoção de amplos espaços de consenso no processo penal não desincumbe as autoridades públicas investidas do poder investigatório de promover a mais ampla, completa e exauriente apuração dos fatos que lhe foram noticiados.

É forçoso reconhecer, uma vez mais, que os acordos penais, notadamente o acordo de não persecução penal, não abreviam a fase extrajudicial da persecução penal.

É utópico acreditar que a via consensual, por si só, resolverá o problema da lentidão e acúmulo de feitos que tramitam no sistema judicial brasileiro. Para que possa ter efetividade prática, para que não seja futuramente desacreditada, a via consensual, bem-vinda e necessária, não pode ser simplesmente banalizada.

NECESSIDADE, SUFICIÊNCIA E REPARAÇÃO DO DANO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Com a edição da Lei nº 13.964/2019, o acordo de não persecução penal passou a ser previsto no art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal: “[...] não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, *desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*”.

O acordo de não persecução penal tem natureza jurídica de negócio jurídico extrajudicial. Pelo acordo de não persecução penal não há negociação a respeito da *pena* a ser aplicada, mas de medidas outras denominadas pelo legislador como *condições* que, à toda evidência, por não serem aplicadas judicialmente, não são pena.



Ao apresentá-lo, o Ministério Público, titular da ação penal pública, indiscutivelmente explicita sua política criminal, *de forma regradada*, cabendo ao investigado, voluntariamente, aceitá-lo ou não, num verdadeiro acordo de vontades.

Portanto, diante da natureza jurídica conferida ao instituto, não se há de falar na existência de direito subjetivo à realização de acordo de não persecução penal. O acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado (Lima, 2020, p. 221).

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF), por sua 1ª Turma, nos autos do AgRg no HC nº 195.327/PR, julgado em 08.04.2021, relator o Min. Alexandre de Moraes, já se pronunciou a esse respeito, assentando que:

Essa opção ministerial encaixa-se dentro desse novo sistema acusatório, onde a obrigatoriedade da ação penal foi substituída pela discricionariedade mitigada; ou seja, respeitados os requisitos legais o Ministério Público poderá optar pelo acordo de não persecução penal, dentro de uma legítima opção da própria Instituição. Ausentes os requisitos legais, não há opção ao Ministério Público, que deverá oferecer a denúncia em juízo. Entretanto, se estiverem presentes os requisitos descritos em lei, esse novo sistema acusatório de discricionariedade mitigada não obriga o Ministério Público ao oferecimento do acordo de não persecução penal, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao *Parquet* a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo de não persecução penal, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição (trecho do voto condutor) (Brasil, 2021, *online*).

Nessa linha, respeitando-se o sistema acusatório constitucionalmente previsto (CF, art. 129, inc. I), não cabe ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público a obrigação de realizar o acordo de não persecução penal, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua 5ª T., nos autos do RHC nº 161.251, de relatoria do Min. Ribeiro Dantas (Acordo..., 2023).

Havendo recusa, pelo Ministério Público, na propositura do acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior, na forma do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal, previsão legal que encontra apoio e ressonância no verbete da Súmula nº 696 do STF, que trata justamente da recusa no oferecimento da suspensão condicional do processo.

O destaque expressamente conferido pelo legislador à necessidade e à suficiência da medida negocial, ainda que a infração penal praticada tenha pena mínima inferior a 4 anos, impede que o acordo de não persecução seja ofertado mecanicamente ao investigado e, no limite, que seja manejado como indevida chancela, permissão ou licença conferida pelo Ministério Público ao cometimento do primeiro ilícito penal, sobretudo diante de



condutas que violam bens de natureza difusa, com extraordinária dispersão de lesados e improvável reparação.

Toma-se como exemplo, aqui, o crime de formação de cartel, previsto no art. 4º, inc. II, alíneas “a”, “b” e “c”, da Lei nº 8.137/1990 (Brasil, 1990), que pune com reclusão, de 2 a 5 anos, e multa, aquele que formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: (i) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; (ii) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; (iii) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Ora, diante da combinação entre competidores, tamanha a magnitude da lesão à livre concorrência, bem jurídico-penal de natureza difusa, que a renúncia à pena fomentaria a criação de paraísos penais e, no limite à impunidade, máxime diante da insuficiência de sanções administrativas previstas nessa quadra de ilicitude econômica.

Destacando justamente a necessidade da ingerência penal no enfrentamento aos cartéis empresariais e as consequências em cascata decorrentes dessa prática criminosa, Furtado (2017, p. 88-89) ilustra que:

La OCDE ha estimado que los daños causados por los carteles de núcleo duro oscilan, la mayoría de las veces, entre el 5% y el 20%, alcanzando en ocasiones hasta el 50%. A largo plazo, los carteles de núcleo duro pueden provocar una pérdida importante de productividad en una industria que se refleja directamente en la economía de un país. Los carteles de núcleo duro protegen a sus participantes de la competencia y les permiten imponer precios injustificadamente elevados a sus clientes, así como reducir sus esfuerzos para mejorar el servicio a los clientes, los productos y los procesos productivos.

Nesse trilho, assim como se verifica com a suspensão condicional do processo, o Código de Processo Penal também estabelece que, para a realização do acordo, é necessário que o investigado assumira obrigações previstas no seu art. 28-A, incs. I a V, com especial destaque para a reparação do dano à vítima, que deve ser completa e efetiva.

É certo que a própria lei afirma que a impossibilidade de reparar o dano não impede a celebração do ajuste. Contudo, essa impossibilidade deve ser cabalmente comprovada pelo investigado no caso concreto, não sendo dado aceitar-se, para sua dispensa, a mera alegação de insuficiência ou incapacidade financeira, desprovida de qualquer demonstração idônea, máxime por se tratar de medida que confere justa e necessária visibilidade à vítima no processo penal atual.

A reparação do dano guarda estreita correlação com os próprios fins da pena e, ao lado da vítima, alcança, também, a pessoa do próprio investigado, orientando-o quanto às consequências da sua conduta criminosa.



Bem por isso, Gomes Filho (2022, p. 219) adverte:

É necessária, portanto, uma comunicação da resposta penal ao ofendido que o deixe satisfeito com a inexistência de processo penal conflitivo no qual se buscaria uma pena fixada em uma sentença. Quando o Estado abre mão do seu poder de punir, ele deve apresentar à vítima uma resposta penal equivalente, em que o sentimento de justiça possa refletir na assunção e no cumprimento das condições pelo investigado.

Com isso, é preciso dizer que a condição aqui destacada encontra apoio no movimento de resgate da importância do papel da vítima no processo penal, que teve início após a Segunda Guerra Mundial, com as revelações das atrocidades vividas no holocausto, sobretudo a partir de estudos criminológicos que passaram a dedicar maior atenção às pessoas afetadas pelas ações criminosas e suas consequências.

Em nosso ordenamento jurídico, ao lado dos clássicos institutos do arrependimento posterior e do arrependimento eficaz, e da tradicional importância conferida à reparação dos danos para a concessão do *sursis* especial, merecem destaque, nesse indisfarçável movimento, a Lei nº9.099/1995 e a composição civil dos danos prévia à transação penal (art. 76), a Lei nº 9.714/1998 que, remodelando as penas restritivas de direitos, disciplinou a prestação pecuniária às vítimas, a multa reparatória prevista na Lei nº9.503/1997 (art. 297), e a Lei nº11.719/2008 que, conferindo nova roupagem ao art. 387 do Código de Processo Penal, introduziu, em seu inc. IV, a possibilidade de ser fixado valor mínimo de indenização à vítima na sentença penal condenatória.

Nesse ponto, é preciso dizer que, para fins do acordo de não persecução penal, a reparação do dano não pode se restringir ao dano material, devendo alcançar, ainda, o dano moral, o dano emergente e os lucros cessantes, caso comprovadas suas verificações na realidade dos fatos.

Uma vez mais, dada a amplitude de infrações penais que, pela quantidade de pena prevista de forma abstrata nos preceitos secundários dos tipos penais incriminadores, podem ser objeto do acordo de não persecução penal, é de se reconhecer a existência não apenas da vítima individual, mas também da vítima coletiva e, nesse trilha, a importância da sua efetiva proteção, reforçando-se a necessidade da reparação do dano moral coletivo no ajuste, a ser revertido a um fundo especialmente criado por lei para a reparação dos danos provocados por ações criminosas difusas, como o visto nos recentes desastres ambientais provocados por rompimentos de barragens de rejeitos no Estado de Minas Gerais (Turessi, 2019).



CONCLUSÃO

A Justiça Penal Consensual, cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro, não afronta o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, pois, como visto acima, não desincumbe o Ministério Público de atuar diante do fato criminoso que chega ao seu conhecimento.

Entretanto, a via consensual não pode retirar, do Direito Penal, a vitalidade que o caracteriza e, mais disso, transmutar bens e valores constitucionalmente dignos e merecedores dessa justa tutela legal em indiferentes penais, esvaziando o postulado da proporcionalidade, na vedação da proteção insuficiente.

A orientação legislativa que promove a abertura dos espaços de consenso na solução dos conflitos penais e, no limite, a própria aplicação prática de institutos consensuais de forma ampla, como no caso do acordo de não persecução penal, deve encontrar ressonância na teoria do bem jurídico e no postulado da proporcionalidade, já que a nova via cada vez mais aceita no ordenamento não elimina a obrigação de que a persecução penal seja eficiente e eficaz.

Ainda que negociada, a aplicação da lei penal não pode olvidar-se que o Direito Penal continua sendo instrumento de proteção e controle social legitimado por valores e bens constitucionalmente consagrados.

O conteúdo material do Direito Penal não pode ser desnaturado pela via consensual, sob pena de banalização dessa importante via de solução de conflitos.

Assim sendo, a partir da legalidade estrita que orienta o sistema de Justiça Criminal brasileiro, de matriz romano-germânica, os mandados de criminalização e as obrigações processuais penais positivas, nos planos material e processual, limitam a amplitude da via consensual na solução das controvérsias penais.

De outro lado, a propositura do acordo de não persecução penal também não pode se dar de forma cega e descompromissada com a própria política criminal traçada pelo Ministério Público, enquanto Instituição permanente incumbida da defesa da ordem jurídica, de acordo com a realidade que se lhe oferece, dada a inexistência de um direito subjetivo da pessoa investigada ao ajuste.

Ademais, a formulação do acordo deve perseguir, da forma mais completa possível, a reparação material e moral dos danos suportados, inclusive com o reconhecimento da vítima coletiva ou difusa, instituindo-se, por lei, fundo especial destinado à essa devida reparação.



REFERÊNCIAS

- Acordo de não persecução penal: a novidade do pacote anticrime interpretada pelo STJ. *STJ*, 2023. Notícias. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/12032023-Acordo-de-nao-persecucao-penal-a-novidade-do-Pacote-Anticrime-interpretada-pelo-STJ.aspx>. Acesso em: 28 maio 2023.
- Aguado Correa, T. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.
- Albergaria, P. S. *Plea bargaining: aproximação à justiça negocial nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.
- Aras, V. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: Cunha, R. S. *et al.* (coord.). *Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- Armenta Deu, T. *Estudios sobre el proceso penal*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Baltazar Junior, J. P. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- Bandeira, R. Processos criminais: 9,1 milhões tramitaram na Justiça em 2018. *Conselho Nacional de Justiça*, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/processos-criminais-91-milhoes-tramitaram-na-justica-em-2018/>. Acesso em: 10 jun. 2023.
- Barros, S. T. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- Brandalise, R. S. *Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.
- Brasil. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 [Código de Processo Penal]. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 28 dez. 2021.
- Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1998, p. 1, anexo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 28 dez. 2021.
- Brasil. Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, de 28 dez. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 8 jul. 2023.
- Brasil. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 8 jul. 2023.



Brasil. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 nov. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 8 jul. 2023.

Brasil. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 8 jul. 2023.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Coordenação: Luís Geraldo Sant'ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. AgRg no HC 195.327/PR, 1ª T, DJe nº 69, de 13/04/2021. Rel. Min. Alexandre de Moraes, 8 abril 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6070656>. Acesso em 08 jul. 2023.

Canotilho, J. J. G.; Moreira, V. *Constituição da República portuguesa anotada*. São Paulo: RT, 2007. v. 1.

Carvalho, J. M. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

Cunha, M. C. F. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

Demercian, P. H.; Maluly, J. A. *Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2023.

Feldens, L. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Feldens, L. *Direitos Fundamentais e direito penal: a Constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Fernandes, F. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

Fischer, D.; Pereira, F. V. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

Furtado, R. F. *Carteles de núcleo duro y derecho penal: por qué criminalizar las colusiones empresariales?* Montevideo; Buenos Aires: B de f, 2017.

Giacomolli, N. J. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.



Gomes Filho, D. *A legitimação da pena e dos seus equivalentes funcionais no direito penal negocial*. 2022. (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

Gonçalves, L. C. S. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

Lima, R. B. *Pacote Anticrime: comentários à lei nº 13.964/19*. Salvador: Juspodivm, 2020.

Mir Puig, S. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: RT, 2007.

Mirabete, J. F. *Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Marca de 20 mil acordos de não persecução penal é assunto central no MPSP+. *MPSP*, 28 out. 2021. Disponível em: <https://mpsp.mp.br/w/marca-de-20-mil-acordos-de-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-penal-%C3%A9-o-assunto-central-do-mpsp->. Acesso em 8 jul. 2023.

Montero Aroca, J. *Proceso penal y libertad: ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Madrid: Civitas, 2008.

Moraes, A. R. A. *Direito penal racional: propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva*. Curitiba: Juruá, 2016.

Noronha, E. M. *Curso de direito processual penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

Pastor, D. R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002.

Ponte, A. C. *Crimes eleitorais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

République Française. *Code Procedure Pénal*. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071154/. Acesso em: 7 jul. 2023.

Roxin, C. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

Rusconi, M. *Las fronteras del poder penal*. Buenos Aires, Madrid: Ciudad Argentina, 2005.

Silva Sánchez, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2012.

Turessi, F. E. *Justiça penal negociada e criminalidade macroeconômica organizada: o papel da política criminal na construção da ciência global do direito penal*. Salvador: Juspodivm, 2019.

Turessi, F. E.; Ponte, A. C. Direitos humanos, mandados de criminalização e as obrigações processuais penais positivas: perspectivas e desafios na busca pela efetividade do regime antilavagem de dinheiro no Brasil. *Revista Meritum*, v. 17, n. 2, p. 311-331, 2022. Doi: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8860>.



Vieira, A. C. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

Zilli, M. A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. *In*: Salgado, D. R.; Kircher, L. F. S.; Queiroz, R. P. (coord.). *Justiça Consensual: acordos penais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 27-60.

