

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A SUA EXTENSÃO AOS CRIMES DE CORRUPÇÃO

Omar Luiz Costa Júnior

RESUMO

Este estudo tem por objetivo geral explicitar acerca do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, explanando sobre a possibilidade de extensão do seu cabimento ao crime de corrupção para melhor satisfação das partes envolvidas no litígio. Pretende-se ainda apresentar o instituto do ANPP como um instrumento a serviço da justiça consensual penal, destacando sua origem e evolução histórica, conceito e pressupostos de aplicação, natureza jurídica, previsão legal no direito brasileiro e princípios aplicáveis; analisar comparativamente o ANPP previsto na legislação brasileira com outros institutos semelhantes existentes no ordenamento jurídico, com vistas a traçar similaridades, diferenças ou modelos a seguir; estudar o instituto do ANPP, destacando os requisitos para a sua aplicação, bem como as regras estabelecidas para a sua exclusão, as condições legais do acordo, procedimento, e requisitos de existência, validade e eficácia, analisando especificamente a possibilidade de utilização da pena máxima em abstrato, em perspectiva ou in concreto como parâmetro para o ANPP em detrimento da pena mínima em abstrato, atualmente verificada; analisar a viabilidade do alargamento/ampliação do ANPP para aplicação ao crime de corrupção em face do princípio da proibição de proteção deficiente dos bens jurídicos tutelados. Em relação à metodologia, tem-se que os procedimentos adotados no processo de investigação permite classificar a pesquisa como exploratória, com uso das técnicas de levantamento bibliográfico e documental para coleta dos dados. Para tanto, se recorreu a artigos científicos, dissertações, teses e livros já publicados sobre o tema, bem como a leis e outros documentos pertinentes, que traziam informações consideradas relevantes para o entendimento da proposta do instituto. O método adotado durante a elaboração do texto final integrante desta dissertação foi o investigativo-dedutivo, com análise crítica dos dados, e abordagem qualitativa do problema.

Palavras-chave: Direito Penal. Justiça Consensual Penal. Acordo de Não Persecução Penal. Corrupção. Aplicabilidade.

ABSTRACT

This study has the general objective to make explicit about the Criminal Non-Prosecution Agreement, explaining the possibility of extending its scope to the crime of corruption for better satisfaction of the parties involved in the dispute. It is also intended to present the Criminal Non-Prosecution Agreement institute as an instrument at the service of criminal consensual justice, highlighting its origin and historical evolution, concept and application assumptions, legal nature, legal provision in Brazilian law and applicable principles; comparatively analyze the Criminal Non-Prosecution Agreement provided for in Brazilian legislation with other similar institutes existing in the legal system, with a view to tracing similarities, differences or models to be followed; study the Criminal Non-Prosecution Agreement institute, highlighting the requirements for its application, as well as the rules established for its exclusion, the legal conditions of the agreement, procedure, and requirements of existence, validity and effectiveness, specifically analyzing the possibility of using the maximum penalty in abstract, in perspective or in concrete as a parameter for the Criminal Non-Prosecution Agreement to the detriment of the minimum penalty in abstract, currently verified; analyze the feasibility of enlarging/expanding the Criminal Non-Prosecution Agreement for application to the crime of corruption in view of the principle of prohibition of poor protection of protected legal interests. Regarding the methodology, the procedures adopted in the investigation process allow classifying the research as exploratory, with the use of bibliographic and documentary survey techniques for data collection. To this end, scientific articles, dissertations, theses and books already published on the subject were used, as well as laws and other relevant documents, which brought information considered relevant to the understanding of the institute's proposal. The method adopted during the preparation of the final text of this dissertation was the investigative-deductive, with critical analysis of the data, and a qualitative approach to the problem.

Keywords: Criminal Law. Criminal Consensual Justice. Criminal Non-Prosecution Agreement. Corruption. Applicability.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime) introduziu expressamente no Código de Processo Penal – CPP a figura do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, passando a ter previsão expressa no bojo do artigo 28-A do referido diploma processual penal. Sucintamente, tem-se que se trata de medida que busca evitar o encarceramento desmedido, primando pela desjudicialização, desde que atendidos os requisitos estabelecidos no dispositivo retrocitado. Cuida-se, na verdade, de um excelente instrumento negocial e, como o próprio nome diz, se é negócio deve haver bilateralidade, o que permite o ajuste de vontades dos envolvidos, sem que se perca de vista a imperiosa necessidade da proteção dos bens jurídicos tutelados pelas leis.

Embora se trate de um instrumento negocial advindo da justiça consensual penal, algumas condições são obrigatórias, a exemplo do dever de reparar o dano e o pagamento de prestação pecuniária. Neste exato ponto surge a necessidade de proceder a uma análise mais acurada sob o enfoque do direito penal econômico, pois as infrações penais desta natureza geralmente são praticadas por empresários detentores de elevada capacidade financeira.

Quase todos os delitos de natureza econômica possuem pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, permitindo, portanto, a aplicação do ANPP. Destarte, as condições mencionadas acima (reparação do dano e prestação pecuniária) não devem se constituir em óbices à aceitação do ANPP por parte dos agentes abastados economicamente, o que pode ser concebido como um estímulo ou incentivo à reiteração delitativa – o que, em um primeiro sentir, não seria o objetivo do instituto em apreço.

Deste modo, o que se tem é que o ANPP não tem por propósito precípuo conferir ao acusado ou suposto autor do fato um procedimento alternativo que obstaculize a deflagração de um processo judicial e, via de consequência, impeça a deflagração da ação penal e a consequente responsabilização do autor do fato. Ao contrário, sob uma perspectiva constitucional, o ANPP apresenta-se como verdadeiro direito fundamental, na medida em que o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal Brasileira de 1988 – CFB/1988 dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Logo, se considerar que o ANPP está diretamente ligado ao *status libertatis* do autor do fato, não resta outra conclusão a não ser o seu reconhecimento enquanto direito fundamental, assumindo, por isso, todas as características a ele concernentes, como a inafastabilidade, posto que efetivamente relacionado à concretização da dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, com base no que dantes mencionado, elaboram-se as seguintes questões norteadoras para o presente estudo, que refletem a problemática ora concebida:

Se o ANPP possui *status* de direito fundamental, a proposta poderia ser ofertada tomando por base a pena máxima, seja em concreto, em perspectiva ou abstrato?

Por se tratar de norma mais benéfica, o princípio da legalidade poderia ser mitigado de modo a permitir a aplicação do ANPP aos autores de crimes com base na pena máxima e não na mínima?

As hipóteses inicialmente fixadas como resposta para a problemática, a serem confirmadas ou refutadas com o presente estudo, são as seguintes:

H1 – O ANPP com maior alcance de ilícitos desafogará o Judiciário, tornando a entrega jurisdicional mais célere e econômica;

H2 – A amplitude proporcionada pelo ANPP beneficiará pessoas que seriam marginalizadas caso fossem presas;

H3 – O sistema prisional brasileiro é nitidamente fracassado, de modo que saídas alternativas ao encarceramento são medidas que se impõem, notadamente quando se analisa a finalidade da pena;

H4 – A ampliação do ANPP poderá gerar grande economia ao erário público, haja vista que, além de buscar a recuperação de ativos, será aplicada pena pecuniária, sanção esta que poderá ser utilizada como recurso para a execução de políticas públicas.

Considerando-se os aspectos aqui relacionados, estabeleceu-se como objetivo geral para a pesquisa explicitar acerca do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, explanando sobre a possibilidade de extensão do seu cabimento ao crime de corrupção para melhor satisfação das partes envolvidas no litígio. Para atingi-lo, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos:

- Apresentar o instituto do ANPP como um instrumento a serviço da justiça

consensual penal, destacando sua origem e evolução histórica, conceito e pressupostos de aplicação, natureza jurídica, previsão legal no direito brasileiro e princípios aplicáveis;

- Analisar comparativamente o ANPP previsto na legislação brasileira com outros institutos semelhantes existentes no ordenamento jurídico, com vistas a traçar similaridades, diferenças ou modelos a seguir;
- Estudar o instituto do ANPP, destacando os requisitos para a sua aplicação, bem como as regras estabelecidas para a sua exclusão, as condições legais do acordo, procedimento, e requisitos de existência, validade e eficácia, analisando especificamente a possibilidade de utilização da pena máxima em abstrato, em perspectiva ou *in concreto* como parâmetro para o ANPP em detrimento da pena mínima em abstrato, atualmente verificada;
- Analisar a viabilidade do alargamento/ampliação do ANPP para aplicação ao crime de corrupção em face do princípio da proibição de proteção deficiente dos bens jurídicos tutelados.

A justificativa para escolha da temática e abordagem aqui proposta está pautada na constatação de que uma maior abrangência do novel instituo de despenalização não somente alcançará uma quantidade maior de infratores por meio de uma justiça negociada diversa da prisão, como também, por se tratar de uma solução alternativa de conflitos das práticas delitivas, poderá contribuir para evitar o asoerboamento desnecessário e ineficaz do cárcere, instituto há muito falido. Além disso, impactará positivamente o Poder Judiciário, contribuindo para reduzir o fluxo processual, entregando maior celeridade e economia processual ao Estado e às partes.

Outrossim, a ampliação dos mecanismos de solução penal consensual poderá contribuir para economia do erário estatal, seja em razão da recuperação dos prejuízos econômicos decorrentes dos ilícitos penais, seja em decorrência da aplicação dos valores pecuniários pagos no ANPP na execução de políticas públicas que atendam a sociedade. Por esta razão, entende-se que se trata de temática e abordagem que interessam não somente à comunidade acadêmico-científica, como, também, ao Estado, à sociedade como um todo, e aos profissionais atuantes na seara do Direito Penal.

A metodologia adotada no processo de investigação permite classificar a pesquisa como exploratória, com uso das técnicas de levantamento bibliográfico e documental para coleta dos dados. Para tanto, se recorreu a artigos científicos, dissertações, teses e livros já publicados sobre o tema, bem como a leis e outros documentos pertinentes, que traziam informações consideradas relevantes para o entendimento da proposta do instituto. O método aplicado durante a elaboração do texto final integrante desta dissertação foi o investigativo-dedutivo, com análise crítica dos dados seguindo o protocolo de Bardin (2011), e abordagem qualitativa do problema.

Para proporcionar melhor compreensão sobre o tema, optou-se estruturar o desenvolvimento em seções, estruturadas a partir dos objetivos específicos anotados.

1 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: EVOLUÇÃO, CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, PRINCÍPIOS APLICÁVEIS E JUSTIÇA NEGOCIADA

Neste capítulo, o propósito é tecer considerações iniciais sobre o objeto deste estudo, qual seja, o Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, de modo a situar o leitor diante dos apontamentos que aqui serão posteriormente lançados sobre o mesmo.

Para tanto, diga-se que, historicamente, o sistema de justiça criminal tem mantido um hábito comportamental expansivo de controle financeiro, gestão de negócios e gestão de custo/benefício, que enfatiza eficiência, economia e eficácia no uso de recursos, com indicadores de desempenho. Ao longo do tempo, essas novas práticas influenciaram não somente a administração das instituições, mas também sua missão. O aspecto mais notável desse novo espírito empresarial foi a celeridade aplicada ao processo de comercialização e privatização que se instalou no sistema de justiça criminal. Isto refletiu na atribuição progressiva de funções específicas da justiça criminal a sujeitos privados e a outros setores da administração pública, afastando-se, com isso, da soberania do Estado no exercício da atividade constitucionalmente confiada exclusivamente ao Judiciário (BARROS; ROMANIUC, 2019).

De outro lado, não se deve olvidar de que o sistema de justiça criminal pressupõe a regeneração dos

criminosos e sua reinserção social, devendo, ainda, de forma transversal, servir aos interesses da sociedade e da vítima. No entanto, diante da alta carga de trabalho de todo o sistema de justiça criminal e dos altos índices de criminalidade, bem como o reconhecimento do Estado de sua incapacidade de lidar com questões de segurança pública, passou-se a estabelecer limitações das demandas governamentais por meio de vários mecanismos que efetivamente buscam reprimir a criminalização (GARCIA, 2019).

O efeito de redução do acesso ao sistema de justiça criminal obtém-se quer filtrando fatos ocorridos fora do sistema, quer reduzindo o grau de criminalização e aplicação de sanção penal a determinadas condutas. Essa adaptação estratégica só é possível pela coincidência de preocupações com a contenção de custos com uma percepção criminológica que via a criminalização de pequenos delitos como algo necessariamente contraproducente e estigmatizante (SOARES; BORRI; BATINI, 2020).

Neste contexto, o uso de vias alternativas à persecução formal, as audiências sumárias de crimes até então sujeitos a julgamento pleno, as penas fixadas em autos de negociação, a descriminalização de condutas que habitualmente eram remetidas à justiça criminal, dentre outras, são medidas que geraram o efeito prático de restrição da criminalização, proporcionando economia ao sistema de justiça criminal, criando seletividade para o poder punitivo estatal. Dentre as formas alternativas à persecução formal encontram-se as medidas descriminalizadoras e, conseqüentemente, o Acordo de Não Persecução Penal - ANPP (VECHI, 2020), objeto deste estudo, que será discutido detalhadamente neste capítulo.

1.1 EVOLUÇÃO E CONCEITO

O crime do colarinho branco ganhou a devida importância nos estudos criminológicos apenas a partir da obra de Edwin Sutherland intitulada “*White Collar Crime*”, publicada em 1949, como resultado de dezenove anos de pesquisas sobre práticas criminosas na esfera empresarial. Adotando uma abordagem sociológica, Sutherland, explicando o comportamento delinquentes como consequência das interações sociais do indivíduo e dos processos comunicativos decorrentes do meio que o cerca, foi um dos principais responsáveis pela expansão da crítica ao fenômeno criminal, até então explicada exclusivamente a partir de modelos etiológicos (SHECAIRA, 2021).

De acordo com a teoria da associação diferencial, popularizada por Sutherland, o comportamento criminoso não é determinado geneticamente, nem é produto de problemas de pobreza ou personalidade. É um processo de aprendizagem resultante da interação com outras pessoas no processo de comunicação, que inclui não somente as técnicas para cometimento do delito, como também a racionalização do comportamento delinquentes (SHECAIRA, 2021).

Segundo Sutherland, a forma corporativa de organização empresarial tem como vantagem a maior racionalidade de suas ações. Uma lógica corporativa destacada em três aspectos: o primeiro, de seleção de crimes com menor risco de descoberta e vítimas menos propensas à contestação; o segundo, de escolha de crimes em que se vislumbra maior dificuldade na produção de prova; e o terceiro, na adoção de mecanismos de solução, assim contemplados os acordos remediadores. Com essa análise, o autor justifica a conclusão de que os crimes cometidos por empresas são organizados e deliberados, via de regra (SUTHERLAND, 2015).

Ao chamar a atenção para um tipo de crime até então ignorado pelo sistema de justiça criminal, revelando a forma organizada e racional com que os crimes do colarinho branco são cometidos, o que abrangem sua capacidade de neutralização das instâncias controladoras, Sutherland contribuiu para denunciar a desigualdade na sanção de alguns agentes, ajudando a chamar a atenção dos estudos criminológicos para a delinquência empresarial, denunciando a forma diferenciada com que a justiça criminal trata aqueles que praticam esse tipo de delito (SHECAIRA, 2021).

Na década de 1960, o surgimento da Criminologia Crítica, por sua vez, demonstrou a necessidade de promover uma política criminal voltada para o redirecionamento do poder punitivo para setores historicamente estranhos ao sistema penal:

Trata-se de dirigir os mecanismos da reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, dos grandes desvios criminais dos órgãos e do corpo do Estado, da grande criminalidade organizada. Trata-se, ao mesmo tempo, de assegurar uma maior representação processual em favor dos interesses coletivos (BARATTA, 2016, p. 202).

Nas décadas seguintes sucederam-se vários estudos criminológicos sobre o crime do colarinho branco, sem contudo representar grandes rupturas com as conclusões retiradas da teoria de Sutherland. Dentre elas, destaca-se a teoria da escolha racional, desenvolvida na década de 1970, segundo a qual o comportamento criminoso é resultado de uma escolha racional, em que o sujeito avalia a relação custo/benefício da prática criminosa, avaliando racionalmente as dificuldades e concessões associadas ao cometimento do crime (FERRAZ JUNIOR, 2017). Essa teoria não trazia muitas novidades em relação à teoria da associação criminosa, que, algumas décadas antes, já afirmava a ideia de que o indivíduo é guiado pela prática de um crime quando “[...] o peso das definições favoráveis excede o peso das definições desfavoráveis” (SUTHERLAND, 2015, p. 351).

A grande contribuição dessa teoria, porém, reside em seu compromisso com a prevenção situacional do crime. De acordo com esse pensamento, o crime poderia ser melhor prevenido de duas maneiras principais: primeiro, por meio de mudanças na disposição do ambiente para reduzir as oportunidades que tornam o crime favorável ao infrator; segundo, pelo aumento dos riscos da atividade criminosa (FERRAZ JUNIOR, 2017, p. 122).

Dessa forma, foram construídos dois grandes pressupostos que nortearam os estudos sobre macrocriminalidade econômica e corrupção, que influenciaram fortemente o tratamento dessas modalidades penais pela dogmática criminal: a impermeabilidade dos crimes de colarinho branco frente às instâncias formais de controle, apontando para a seletividade da justiça criminal e figuras ocultas; e a necessidade de criar estímulos dissuasivos, favorecendo uma abordagem essencialmente preventiva (FERRAZ JUNIOR, 2017).

A tutela penal do meio ambiente, do patrimônio público, da moralidade administrativa e da ordem econômico-financeira sempre foi alvo de críticas numerosas. Com isso, coube à Dogmática Criminal denunciar as incoerências que o aumento do rigor jurídico e a criação de novas tipologias penais para proteger bens jurídicos de caráter abstrato e generalizado proporcionavam, destacando as causas e consequências decorrentes de tal expansão (SHECAIRA, 2021).

Se, portanto, por um lado, foram criadas novas formas de perigo e risco, sobretudo pelo processo de globalização que, ao promover novas possibilidades de segurança global, diversificou as ameaças que pairam sobre o ser humano e suas diversas formas de interação social (GIDDENS, 1991), de outro, a simples ampliação do Direito Penal para fins de proteção de interesses até então desconhecidos não tem se mostrado eficaz na prática.

Isto porque, tradicionalmente concebido para proteger os bens jurídicos concretamente lesados, o Direito Penal expandiu-se desenfreadamente para atingir riscos mesmo abstratos, sem qualquer preocupação com a compatibilidade desses interesses aos fundamentos norteadores da dogmática penal. Com isso, expectativas depositadas sobre o modelo de persecução penal como antídoto para novos problemas são frustradas, sobrecarregando o sistema para torná-lo ainda mais ineficiente em lidar com seus velhos dilemas (SHECAIRA, 2021).

Consequentemente, o ideal de proteger bens jurídicos relevantes e prevenir riscos tornou-se mero discurso falacioso, uma reação simbólica do legislador, por assim dizer, ao crime moderno e organizado. É o que se extrai das palavras de Winfried Hassemer (2008), que assevera no sentido de que o sistema de justiça penal nunca foi, e é cada vez menos, capaz de entregar os resultados esperados. É complementa, aduzindo, ainda, que, nas poucas vezes que é acionado, ele age de forma custosa e traumática, acarretando custos, não somente econômicos, mas também sociais como efeito colateral, que, às vezes, até superam o dano real ou risco de dano que a causa sob análise (SOARES; BORRI; BATINI, 2020).

Diante desse panorama de sobrecarga do sistema de justiça criminal e mau uso de suas ferramentas, ganha destaque a ideia de uma “[...] política criminal orientada pela liberdade”, como argumenta Hassemer (2008, p. 300). Contudo, há que se ressaltar que tal concepção não significa exatamente abrir mão dos instrumentos penais, que, para Hassemer (2008), ainda são necessários para aplicação aos casos mais graves. Para Vecchi (2020), significa adotar novos mecanismos de prevenção e controle, menos traumáticos e com maior efetividade, com capacidade de entregar melhor enfrentamento dos problemas atuais, dando resultados que o Direito Penal, como ainda é utilizado, não consegue, ou, quando o faz, é por meio de graves violações de direitos e garantias fundamentais.

Especialmente no que diz respeito à macrocriminalidade econômica e à corrupção, objetos de estudo nesta pesquisa, ressalte-se a existência de uma evidente dificuldade prática e teórica relativa à imposição de penas de prisão. Isto porque pressupõe estas a aplicação de imputação individual de responsabilidade criminal, o que nem sempre é possível quando se trata de infrações cometidas no desempenho de atividade

des corporativas, nas quais a participação individual em crimes muitas vezes não pode ser mensurada e isolada (HASSEMER, 2008). Isso, por si só, já revelaria uma contradição, externada na constatação de que o sistema penal é adotado como mecanismo privilegiado de resolução de conflitos, embora as condições necessárias para a imposição de sanções restritivas da liberdade e da própria prisão não são compatíveis com a maioria dos crimes de colarinho branco (VECCHI, 2020).

Assim, constatou-se que o modelo tradicional de persecução não se mostrou suficiente para enfretamento do macrocrime econômico e a corrupção a serem exercidos idealmente no Brasil. Em primeiro lugar porque tal modelo privilegia o aspecto repressivo, revelando-se ineficiente ou nada eficaz na prevenção de prejuízos e fraudes ao Fisco. Em segundo lugar, porque o próprio sistema Judiciário não é eficaz na responsabilização dos agentes comprovadamente envolvidos em atos de corrupção, resultando, com isso, em uma indesejável sensação de impunidade (SHECAIRA, 2021).

Com o objetivo de aprimorar os mecanismos formais de controle e respeitar os compromissos firmados perante organismos internacionais, o Brasil incorporou novas ferramentas de prevenção e combate à corrupção. A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, doravante denominada Lei Anticorrupção, por exemplo, constitui um marco para a chamada “autorregulação regulada” no campo da corrupção, permitindo a estipulação de acordos de clemência, favorecendo o estabelecimento de mecanismos de integridade e procedimentos internos (VECCHI, 2020).

Posteriormente, em meados de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP emitiu a Resolução 181, que conduziu, além da polêmica questão da investigação realizada pelo órgão ministerial, o ANPP como método de justiça criminal negociado que envolve a não propositura da ação judicial em alguns crimes, caso o suspeito seja confesso e portador de medida restritiva de direitos (PEREIRA; PARISE, 2020). Este instrumento foi incluído no escopo de aplicação da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, denominado Pacote Anticrime, que promoveu inúmeras alterações visando o aprimoramento do sistema processual brasileiro, dentre as quais se destaca a previsão para a celebração do ANPP, aproximando o Brasil do modelo americano e anglo-saxão de justiça (SHECAIRA, 2021).

Sendo assim, atualmente o ANPP possui regulação dada pela Lei nº 13.964/2019, podendo ainda ser considerado um direito fundamental do acusado, já que, consoante disposto no § 2º do artigo 5º, § 2º da CFB/1988, o rol de direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (SHECAIRA, 2021).

1.1.1 Natureza jurídica do Acordo de Não Persecução Penal

Em relação à sua natureza jurídica, o ANPP deve ser contemplado como sedo um negócio jurídico pré-processual de natureza extrajudicial operado na esfera criminal, por meio do qual se busca atingir um fim consensual, com vistas a otimizar o sistema de justiça criminal com restrição da criminalização, por ser a medida suficiente e necessária para reprovação e prevenção do crime (VECCHIO, 2020).

Para Shecaira (2021), ele não deve ser compreendido com um direito subjetivo do suposto autor do fato; antes, a seu ver, revela-se como um benefício legal. Sua sistemática abrange a sua oferta pelo Ministério Público – MP, que é o titular exclusivo da ação penal, caso restem presentes os requisitos legais. No entanto, deve-se considerar que, segundo Pereira e Parise (2020), o MP não é obrigado a fazer a proposta do ANPP. Isso porque o órgão ministerial detém o poder discricionário de não fazê-lo, caso haja motivação do seu posicionamento na análise da suficiência e necessidade do ANPP para prevenção e reprovação do crime. Neste caso, conforme os autores, restará ao juiz, no exercício de seu juízo fiscalizatório da atividade do MP, encaminhar a manifestação para o crivo final da instância de revisão ministerial.

Sobre isso, considere-se que, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento do Recurso Extraordinário – RE 795.567/PR, estar-se-ia, aqui, diante de um caso em que o princípio da obrigatoriedade da ação penal, inscrito no artigo 28 do CPP, seria mitigado. Sob tal constatação, pesa, então, a compreensão de que se estaria, na verdade, diante de um poder-dever de agir do MP, seguindo previsão contida no artigo 129 da CFB/1988, mais precisamente, em seu inciso I, em que são listadas as suas funções institucionais. Sobre ele, porém, se falará mais detidamente no subcapítulo seguinte, oportunidade em que também serão analisados outros princípios afetos ao ANPP.

1.2 PRINCÍPIOS AFETOS AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O ANPP possui como escopo a efetividade e aplicação de alguns princípios, que serão apresentados

e analisados nesta parte do estudo. O primeiro deles é o princípio da eficiência, previsto no *caput* do artigo 37 da CFB/1988, que se constitui em um dos princípios norteadores da Administração Pública, sob o qual está pautada a constituição do regime jurídico administrativo vigente no país.

1.2.1 Princípio da eficiência

Segundo Tilly (2013), uma nação é de fato democrática quando as relações políticas entabuladas entre o Estado e seus cidadãos proporcionarem consultas igualitárias, amplas, mutuamente vinculantes e protegidas. Desse modo, para o autor, o processo de promoção da democracia estaria ligado fundamentalmente à capacidade do Estado quanto à “[...] integração das redes de confiança, o insulamento das arenas decisórias das desigualdades categóricas e as transformações do poder não estatal” (TILLY, 2013, p. 110), pois desta forma elas “[...] produzem entre os cidadãos e o Estado as relações amplas, igualitárias, vinculantes, e protegidas que constituem a democracia” (TILLY, 2013, p. 110).

O futuro, que se subsume nas finalidades do Estado e da sociedade, são parte fundamental da CF/1988, conforme indica seu artigo 3º, que, por sua vez, juntamente com o ordenamento jurídico por ela criado em determinado momento, fazem parte da história. É por isso que, para entender adequadamente um modelo constitucional ou uma Constituição, é preciso conhecer as que a precederam. A inferência natural de tal afirmação é que, na perspectiva histórica, as Constituições são mutáveis, como é a própria essência da história (ZAGREBELSKY, 2011).

A Administração Pública é orientada por princípios constitucionais que a ela se aplicam, sendo estes os seguintes: princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos eles previstos no *caput* do artigo 37 da CFB/1988. Deles, o que mais interessa nesse momento para o estudo é o princípio da eficiência.

Primeiramente, há que se asseverar que o dever de eficiência no Brasil já foi sancionado pelo Decreto-lei nº 200/1967 como um dever de boa administração. Na Constituição do país, contudo, ele existia implicitamente, até 1998, quando, com a Emenda Constitucional nº 19, foi expressamente incluído na lista de princípios constitucionais que a Administração Pública deve obedecer, juntamente com a legalidade, a moralidade, a publicidade e a impessoalidade. Entretanto, é preciso que se pontue que a prestação de serviços eficientes pela Administração Pública não é um capricho, tão somente, mas uma necessidade do Estado, ao qual se atribui o dever de acompanhamento das novas tendências, adaptando-se à prestação de serviços adequados ao cidadão (MELLO, 2021).

Portanto, não basta somente adotar uma solução possível; é necessário que se encontre aquela que seja a melhor solução para o caso específico. Nesse contexto, a Administração Pública tem o dever de agir com rapidez e precisão para tirar o máximo proveito de um programa a ser implementado. Para que isso ocorra, porém, o Estado deve melhorar o seu plano de ação, otimizando os meios adequados para atender da melhor forma as necessidades da comunidade (DI PIETRO, 2019).

De outra banda, há também que se considerar que o princípio da eficiência também exige que a Administração Pública atente-se permanentemente aos padrões da gestão moderna, a fim de seja possível, assim agindo, superar a carga burocrática, para obter os melhores resultados na prestação de serviços públicos à população em geral – ou seja, aos cidadãos (DI PIETRO, 2019). Diante de tais apontamentos, pode-se contemplar a eficiência, grosso modo, como a ideia de se alcançar o melhor resultado possível, dependendo-se o menor esforço (MELLO, 2021).

Sendo assim, pode-se afirmar que o princípio da eficiência abrange a organização racional de comportamentos e desenvolvidos no âmbito da Administração Pública para que se possa atingir, de maneira mais fácil, rápida e simples, o interesse público primário, que corresponde ao interesse de toda a coletividade – do povo, detentor do poder constituinte originário (DI PIETRO, 2019).

O ANPP toca ao princípio da eficiência na medida em que se versa sobre a eficiência da justiça, da entrega do resultado ao jurisdicionado no menor tempo possível, e da melhor maneira. Neste sentido, deve-se lembrar que, conforme Mello (2021), este é um anseio de todos, de modo que a rápida solução para controvérsias, de uma forma mais eficiente sob o ponto de vista da economia processual, é questão que se avulta na sociedade contemporânea, especialmente nas últimas duas décadas, que foram marcadas por um intenso e constante desenvolvimento e sofisticação dos meios de comunicação.

Sobre isso, recorde-se que, conforme Di Pietro (2019), a doutrina majoritária no Brasil, ainda que não confronte os conceitos de eficiência e de economicidade, atribui ao primeiro maior amplitude de função, para sopesar os resultados e custos sociais da ação do Estado. Ao último, porém, atribui o *status* de

prescrição no sentido de que o Estado deve gastar o mínimo possível para realizar determinado investimento.

Entretanto, de acordo com Mello (2021), a sinergia que se estabelece entre as concepções de eficiência e de economicidade se mostra com maior evidência ao se observar, por exemplo, os casos de exigência de observância, no procedimento licitatório, do princípio da economicidade para a contratação de serviços ou obras, o que contribui, segundo o autor, para promover a eficiência administrativa.

Já Di Pietro (2019) identifica como traço comum os conceitos a proporcionalidade (em sentido estrito). Para a autora, a noção de benefícios e custos que é comum a ambos é correlata à ponderação que é feita ao se discutir acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade. Nesse tocante, ainda conforme a autora, pode-se considerar ineficiente e não econômica a Administração cuja atuação gerar mais perdas do que ganhos.

Para Vecchio (2020), uma das formas de se conseguir o cumprimento da eficiência constitucional seria a adoção de mecanismos provenientes da justiça negociada/consensual – dentre eles, o ANPP, razão pela qual o princípio da eficiência é corolário que toca ao instrumento da justiça negocial aqui analisado.

1.2.2 Princípio da obrigatoriedade da ação penal

Em que pese o entendimento acerca da obrigatoriedade prevalecer no País, inexistente no ordenamento jurídico pátrio qualquer dispositivo, seja na Constituição ou na legislação infraconstitucional, que estabeleça que a ação penal seja obrigatória (SILVA, 2020).

No Brasil, a ideia da indisponibilidade estaria supostamente prevista no art. 24 do CPP, que determina que, nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. Da mesma forma, a suposta obrigatoriedade também estaria estampada no artigo 100, § 1º, do Código Penal – CP, que informa que a ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça (MAÇALEI; REZENDE, 2021).

Da leitura dos mencionados dispositivos legais, aliados ao artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, observa-se que estes apenas estabelecem que a ação pública é de titularidade do Ministério Público, determinando-lhe a função institucional, mas não impõem a obrigação de exercê-la (SOUZA; LIMA; RIBEIRO, 2022).

Assim, tendo em vista a ausência de previsão legal expressa no sentido de impor a obrigatoriedade da ação penal (SILVA, 2020), verifica-se que, em que pese a sistemática da indisponibilidade prevalecer na doutrina e na jurisprudência, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a obrigatoriedade da ação penal, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos estrangeiros (SOUZA; LIMA; RIBEIRO, 2022).

Neste sentido, considerando-se o entendimento legalista e civilista que prevalece no Brasil, em razão da nossa herança cultural jurídica romano-germânica (SILVA, 2020), buscar-se-á desconstruir o mito da indisponibilidade da ação penal pública, demonstrando que o órgão ministerial poderá exercer discricionariedade no exercício da ação, optando por não denunciar o agente criminoso por razões de conveniência pessoal e de política criminal (MAÇALEI; REZENDE, 2021).

Adentrando neste momento mais especificamente ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, tem-se que, no sistema processual acusatório, a jurisdição penal reclama ser provocada mediante o exercício do direito de ação. Nesta sistemática, o Ministério Público, enquanto *dominis litis*, desempenha a função de exercitar o poder punitivo do Estado, deflagrando a ação penal (SOUZA; LIMA; RIBEIRO, 2022).

Assim, por meio do Ministério Público, o Estado assume a titularidade da persecução criminal em juízo, sem que haja o comprometimento da imparcialidade e da inércia jurisdicional, de modo que as três funções do processo penal (defender, acusar e julgar) são entregues a sujeitos distintos. Neste sentido, tem-se que o processo penal é, simultaneamente, instrumento de repressão penal e também uma ferramenta de autolimitação do jus puniendi estatal (SILVA, 2020; SOUZA; LIMA; RIBEIRO, 2022).

Contudo, há que se ressaltar que, em um contexto pré-Constituição de 1988, o Poder Judiciário e o Ministério Público, assim como as leis (processuais) penais brasileiras, surgiram e evoluíram em uma sociedade cujos valores e preceitos em muito se diferenciam dos atuais. O Código de Processo Penal, criado em 1941, em um regime ditatorial, permanece vigente até os dias de hoje, não obstante a mudança de paradigma social trazida pela Constituição Cidadã. Quando de sua criação, foi influenciado pelo dogma da obrigatoriedade da ação penal pelo órgão do Ministério Público (LIMA, 2023).

Este órgão, por sua vez, era representante do Governo. Assim, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, trazendo o princípio democrático, o devido processo legal, o princípio acusatório, dentre outros princípios protetivos do indivíduo, a releitura do CPP de 1941 e, por conseguinte, do princípio da obrigatoriedade da ação penal, se fazem necessários. A CRFB/88, além de romper com os paradigmas inquisitórios, colocou o Ministério Público como defensor da sociedade e também abriu espaço para o juizado especial criminal. Assim, cumpre analisar a compatibilidade constitucional dos institutos criados pelo legislador ordinário com os contornos constitucionais do princípio da obrigatoriedade da ação penal (LIMA, 2023).

Neste sentido, tem-se que a indisponibilidade da ação na esfera criminal é tradicionalmente conceituada como o dever incumbido ao Ministério Público de promover todas as medidas judiciais necessárias e previstas à aplicação de uma sanção criminal, sempre que for identificada a prática de um fato típico, anti-jurídico e agente culpável, havendo indícios seguros e suficientes de autoria e materialidade (MAÇALEI; REZENDE, 2021).

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominada de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal (LIMA, 2023).

A regra da obrigatoriedade insere-se nos mecanismos de suporte do próprio Estado Democrático de Direito, destinada que está a impedir análises arbitrárias e potestativas acerca da conveniência de provocar-se a jurisdição penal, trazendo à sociedade a certeza de que o responsável pela prática de um delito será submetido ao cânone do devido processo legal (MAÇALEI; REZENDE, 2021).

Contudo, segundo Lima (2023), com a publicação da Lei nº 9.099/1995 no Brasil, o princípio da obrigatoriedade foi mitigado. Passou a ser possível transação penal nos crimes de pequeno potencial ofensivo e a proposta de suspensão condicional do processo (artigos 76 e 89). A oferta da transação penal e a proposta da suspensão condicional do processo não são facultativas.

Ressalta ainda o autor que o membro do Ministério Público não tem total discricionariedade de optar, ou não, pela aplicação dos benefícios. Há discricionariedade regrada em que é realizada análise da sua conveniência e oportunidade à luz do caso concreto. De forma fundamentada, pode o órgão ministerial deixar de oferecer os benefícios, mas de acordo com critérios legais. (LIMA, 2023).

1.2.3 Princípio da oportunidade da ação penal

Nos Estados Unidos da América – EUA, país que adota o sistema *commom law*, existe um instituto chamado *Plea Bargaining*. Conforme Pacelli e Fischer (2017), trata-se de um acordo (barganha) realizado entre acusação e defesa a partir da confissão do réu (*guilty plea*) (OLIVÉ, 2018). Em troca, são a ele oferecidos benefícios pelo órgão acusador, que passam por aspectos relativos à definição do crime a ser imputado, as qualificadoras consideradas, pena mínima e máxima cominadas, possibilidade ou não de liberdade condicional e regime de cumprimento de pena. Segundo Vasconcellos (2019), para a aplicação deste instituto, deve-se considerar barganha como sendo o instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo o seu confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução da pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado.

Um dos pilares básicos do sistema *commom law* é o princípio da oportunidade, segundo o qual o órgão acusatório possui discricionariedade, que lhe permite decidir com ampla liberdade acerca do início e continuidade do procedimento penal, assim como negociar com a defesa a redução ou mesmo exclusão da culpa. No Brasil, entretanto, vigoram os princípios da obrigatoriedade da ação penal pública e da indisponibilidade da ação penal, como já brevemente mencionado no item 1.2.2, os quais atribuem ao órgão acusatório o dever de buscar a punição do autor de infração penal.

Sobre isso, Pacelli e Fischer (2017) asseveram que o Ministério Público, como titular da ação penal pública, tem, de fato, um poder-dever de exercê-la, não se reservando nenhum juízo discricionário sobre a conveniência e oportunidade da ação penal, tampouco lhe sendo facultado dela dispor, uma vez que a tenha iniciado, modelo esse que, segundo Vasconcellos (2019) é incompatível com o modelo negocial, baseado

no princípio da oportunidade, premissa fundamental para o *plea bargaining*.

Lima (2023), por sua vez, ao dissertar sobre o princípio da legalidade no processo penal, amparado em lição de Siracusa, comenta as diversas soluções existentes no Direito comparado, e anota que dois são os princípios políticos que informam, nesse assunto, a atividade persecutória do Ministério Público: o princípio da legalidade (*Legalitdtsprinzip*) e o princípio da oportunidade (*Opportunitdtsprinzip*). Pelo princípio da legalidade, obrigatória é a propositura da ação penal pelo Ministério Público, tão-só ele tenha notícia do crime e não existam obstáculos que o impeçam de atuar. De acordo com o princípio da oportunidade, o citado órgão estatal tem a faculdade, e não o dever ou a obrigação jurídica de propor a ação penal, quando cometido um fato delituoso. Essa faculdade se exerce com base em estimativa discricionária da utilidade, sob o ponto de vista do interesse público, da promoção da ação penal.

Vejamos o que ocorre na legislação processual penal brasileira. Se, embora presentes os pressupostos que autorizariam ou até exigiriam a propositura de uma ação penal pública, o membro do Ministério Público assim mesmo violar o dever de agir, o CPP admite a intervenção do juiz, que pode recusar o pedido de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação e propor ao chefe do parquet que reveja a proposta de arquivamento formulada pelo promotor de Justiça (artigo 28) (LIMA, 2023).

Assim, se o Ministério Público identifica a existência da lesão em caso no qual a Lei exija sua atuação, ele não pode alegar conveniência em não propor a ação ou não prosseguir na promoção da causa, o que lhe é um dever, salvo quando a própria lei lhe permita, às expensas, esse juízo de conveniência e oportunidade. Entretanto, se, ao investigar supostos fatos que poderiam servir de base para uma ação pública, o Ministério Público se convence de que esses fatos não ocorreram, ou que o investigado não é responsável por eles, ou que esses fatos ocorreram, mas não são ilícitos – em todos esses casos, o Ministério Público poderá deixar de agir, sem violar dever funcional algum.

1.2.4 Princípio da intervenção mínima

De acordo com o princípio da intervenção mínima, o direito penal deve proteger os bens jurídicos mais importantes. Assim, dentre os bens existentes, o Direito seleciona os mais importantes, qualificando-os, como bens jurídicos, e protegendo-os.

Atualmente, o delito é visto como lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico; já bem constitui tudo que tem valor e satisfaz a uma necessidade do ser humano. Para Toledo (2012), bens jurídicos são valores ético-sociais que o Direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.

Prado (2015), por sua vez, contempla o bem jurídico como instrumento limitador da intervenção estatal, assumindo, sob tal roupagem, quatro importantes funções:

- 1) função garantidora: que corresponde à limitação do direito de punir do Estado. O legislador somente pode tipificar condutas graves que lesionem ou coloquem em situação de perigo bens jurídicos, limitando a atividade do legislador no momento da construção de tipos penais;
- 2) função teleológica ou interpretativa: o bem jurídico representa o núcleo da norma, funcionando como instrumento de interpretação, permitindo descobrir a natureza do tipo em questão;
- 3) função individualizadora: trata-se de um critério utilizado para a fixação da pena, já que, neste momento, é levado em consideração a gravidade da lesão ao bem jurídico; e
- 4) função sistemática: o bem jurídico é levado em consideração na formação dos grupos dos tipos penais da parte especial do Código Penal.

1.2.5 Princípio da proporcionalidade

O Direito penal é o ramo do direito que mais intervém negativamente na esfera de liberdade do homem, assim é necessário que existam limites a este poder de modo a equilibrar a garantia do bem comum com as punições devidas, necessárias e adequadas.

A importância do princípio da proporcionalidade decorre do fato de a gravidade da intervenção penal ter sua variação atrelada ao grau de dignidade do bem jurídico e da sua afetação, fazendo nascer o

binômio merecimento de pena/restrição da liberdade humana. É devido a essa gravidade da intervenção penal que se faz necessário definir o princípio da proporcionalidade e os meios imperiosos para efetivá-lo.

Existem diversos conceitos sobre o princípio da proporcionalidade penal, destacaremos alguns a seguir, lembrando que são poucos os doutrinadores que o conceituam como princípio, sendo que a maioria, principalmente a doutrina clássica, o disciplinam quando se referem à sanção penal. Independente do momento em que são prolatados é unânime a sua necessidade e a sua vinculação aos limites da sanção penal.

Em Beccaria encontra-se a concepção de prevalência da ideia da mínima intervenção do estado na liberdade do indivíduo. Para ele, as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos. Deste modo, a seu ver, os meios de que utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente.

Na seara do direito penal e processual penal, a proporcionalidade deve ser contemplada com base na sanção penal, do fato de ser ela um mal com que a ordem jurídica responde ao mal praticado pelo delincente, resulta que há de ser proporcional à gravidade do próprio crime. É por esta razão que alguns autores a tratam a partir do princípio da humanidade, vinculando-o ao mesmo processo histórico de que se originaram o princípio da legalidade, da intervenção mínima e até mesmo – sob o prisma da danosidade social – o princípio da lesividade.

Sob tal concepção, a proporcionalidade da pena revela-se como uma exigência de dupla face, na medida em que de um lado deve traduzir o interesse da sociedade de impor uma medida penal “[...] necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (artigo 59 do Código Penal); de outro, deve garantir ao condenado o direito em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito.

Deste modo, pode-se assumir que, no direito penal, a aplicação do princípio da proporcionalidade significa que a pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança a periculosidade criminal do agente. Neste contexto, a intervenção penal em um Estado de Direito Democrático deve estar revestida de proporcionalidade, em um a relação de correspondência de grau entre o mal causado pelo crime e o mal que se causa por via da pena.

O princípio enseja uma ideia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, lógica, equidade, traduzindo aquilo que não é absurdo, ou apenas o que é admissível. Sustenta-se, inclusive, que para o senso comum, o que é proporcional também é razoável, embora o inverso não seja necessariamente verdadeiro, além de se constatar que em muitas utilizações do termo razoabilidade ao que se está fazendo referência aos princípios da necessidade e idoneidade, subprincípios da proporcionalidade.

Quanto ao desrespeito da proporcionalidade entre a sanção e os danos causados pelo crime, alguns autores consideram que esta ofensa aos direitos fundamentais traz mais prejuízo à sociedade do que o próprio crime. É preciso que o condenado sinta que existe um equilíbrio entre o dano que produziu e o castigo que a sociedade lhe inflige, pois de outra forma o culpado se transformaria em vítima, e o credor em devedor.

Em relação à sua aplicação, deve-se assumir que o princípio da proporcionalidade penal tem basicamente dois destinatários finais, quais sejam, o Poder Legislativo quando da criação da lei penal, e o poder judiciário quando da aplicação da lei ao caso concreto pelo juiz e quanto ao controle de constitucionalidade com base neste princípio.

O respeito a este princípio é uma exigência para que se prevaleça a moderação do poder do estado, que é premissa em um Estado de Direito, garantindo, assim, a proteção dos direitos dos indivíduos e evitando arbítrios que atentem contra os direitos fundamentais.

A aplicação abstrata desse princípio está no âmbito legislativo, quando da definição dos tipos penais, é concebida ao se considerar a necessidade identificada pela legislador da intervenção penal, depois verifica se esta intervenção é adequada a buscar os fins almejados pela proteção penal, e por último de acordo como valor do bem jurídico e da lesão que tipifica determina os limites mínimos máximos da pena, tendo também como referência proporcional, todos os outros delitos tipificados.

Por outro lado, a aplicação concreta deste princípio se materializa quando da definição do quantum da pena, após a condenação de um acusado. Sendo que o magistrado para ajudar na mensuração da proporção entre o mal causado pelo delito e a pena a ser aplicada, tem a seu favor os elementos do artigo 59 do Código Penal e por todos os outros princípios penais de garantia.

1.2.6 Princípio da duração razoável do processo

A problemática quanto à duração do processo não é privilégio do direito doméstico, tratando-se de tema recorrente no âmbito do direito alienígena. A prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável e efetivo já era previsto no direito internacional. Sob o *status* de direito fundamental do ser humano, o artigo 8º, item 1, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) preconizava que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Ainda no plano internacional, merece registro o teor do artigo 6º da Convenção Europeia para Salvaguarda do Homem e das Liberdades Fundamentais. Subscrita em Roma, na data de 04 de novembro de 1950, dispõe que:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

No direito doméstico, poder-se-ia sustentar que o direito fundamental à celeridade processual já existia em nosso ordenamento jurídico como desdobramento da cláusula do *due process of law*, ou mesmo por intermédio do mandamento legal insculpido no inciso XXXV, artigo 5º, da Constituição de 88, que garante não apenas o acesso ao judiciário, mas também a efetiva proteção contra qualquer forma de violação de direitos.

Em que pese a previsão do direito a duração razoável do processo no plano internacional, foi a Emenda Constitucional nº 45, no ano de 2004, que explicitou o princípio no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da CF/88. A inclusão, pelo legislador constituinte derivado, do princípio da duração razoável do processo, tem como escopo positivar a necessidade da prestação jurisdicional de forma eficaz e eficiente.

1.2.7 Justiça negociada

Na Justiça Negociada, proveniente sobretudo do direito americano, o agente e o órgão acusador acordam acerca das consequências da prática criminosa, o que, evidentemente, pressupõe a admissão de culpa. Trata-se do denominado *plea bargaining*, que pode consistir na negociação sobre a imputação (*charge bargaining*), sobre a pena e todas as consequências do delito, como o perdimento de bens e a reparação de danos (*sentence bargaining*), ou sobre ambas. Não se identifica esta liberdade de acusação no sistema jurídico brasileiro, em que o órgão do Ministério Público tem atuação vinculada ao conjunto probatório proveniente da investigação, ou seja, a imputação deve ser estritamente relativa ao crime demonstrado. Além disso, a pena é aplicada por decisão exclusiva do juiz, sem possibilidade de influência direta do órgão acusador.

É possível, ainda no âmbito da Justiça Negociada, que o agente seja beneficiado em virtude da relevância de sua colaboração, como na situação em que o componente de uma organização criminosa aponta os demais agentes e revela detalhes de suas atividades delituosas, permitindo o desmantelamento da estrutura, a recuperação de bens e ativos, a libertação de vítimas em sequestros etc. Este sistema é aplicado no Brasil por meio de diversos diplomas legais, dentre os quais se destaca a Lei nº 12.850/13.

2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal é regulado pelo artigo 28 A do Código de Processo Penal, nascido com a reforma emplacada pela Lei nº 13.964/19, o qual doravante será ponderadamente emiçado no

capítulo seguinte.

Noutro norte, o acordo de não persecução penal deve ser ainda concebido como uma explanação da chamada justiça Multiportas, cuja atividade jurisdicional do Estado não é única, muito menos a principal opção dada às partes na solução de um conflito, certo que são previstas outras formas de pacificação social, como os acordos penais antes citados.

Lopes Jr (2021, p. 2020) concluiu:

Se fossemos pensar numa estrutura escalonada de negociação, levando em consideração seus requisitos e condições impostas, seria disposta na seguinte ordem: 1º transação penal; 2º acordo de não persecução penal; 3º suspensão condicional do processo e 4º acordo de delação premiada...Se fizermos um estudo dos tipos penais previstos no sistema brasileiro e o impacto desses instrumentos negociais, não seria surpresa alguma se o índice superasse a casa de 70% de tipos penais passíveis de negociação, de acordo. Portanto, estão presentes todas as condições para um verdadeiro “desentulhamento” da justiça criminal brasileira, sem cairmos na abertura perversa e perigosa de um plea bargaining sem limite de pena.

Por fim, aduz-se que o acordo de não persecução penal deverá ser feito na fase pré-processual, contudo, adiante serão comentados outros para celebração do referido acordo.

2.1 REQUISITOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Refere-se às exigências vinculadas ao fato delituoso que será objeto do acordo de não persecução penal, tal como a pena a ele cominada; circunstâncias, ou seja, se há emprego de violência e grave ameaça e a necessidade de cumprir suas funções em matéria de política criminal.

Com efeito, quando se fala no mencionado pressuposto, por certo, é de se falar que também englobam as vedações a possibilidade na celebração do acordo, previstas em lei: não ser hipótese de cabimento de transação penal: crime no âmbito da violência doméstica, familiar ou praticado contra mulher por razões de condições de sexo feminino em favor do seu agressor.

Finalizando-se este ponto, tem-se que o inquérito policial deve estar pronto para que a denúncia do órgão acusador seja oferecida, logo, não seja caso de arquivamento dos autos.

3 CRIME DE CORRUPÇÃO: CONCEITO E EVOLUÇÃO, ASPECTOS DESCRITOS DO CRIME DE CORRUPÇÃO E A EXTENSÃO DO CABIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

No século XX, as perspectivas sobre a corrupção foram organizadas em torno de duas principais agendas de pesquisa (FILGUEIRAS, 2008b). A primeira, predominante até os anos 1990, baseia-se na vertente da modernização. Essa, no caso do estudo da corrupção no Brasil, centra-se no conceito do patrimonialismo (FILGUEIRAS, 2009; BAPTISTA, 2015). A segunda, hegemônica a partir da ascensão do programa de reformas baseado na New Public Management, relaciona-se à vertente da nova economia institucional e tem o rent-seeking como principal conceito para o estudo da corrupção (FILGUEIRAS, 2008a; ROSE-ACKERMAN, 2010; CHAIA, 2015).

Essas perspectivas marcam paradigmas sobre tal fenômeno e resultam da evolução do pensamento sobre ele, que, sendo histórico, vem se alterando no tempo em relação tanto aos sentidos que lhe são atribuídos quanto às ideias sobre seu enfrentamento (CHAIA, 2015).

A importância do estudo de tais perspectivas reside em dois pontos. O primeiro se relaciona à malignidade emprestada à corrupção no Brasil e à consequente importância conferida à sua análise e combate. Segundo Baptista (2015), duas pesquisas realizadas em 2008 e 2009 indicaram que a opinião pública brasileira considera a corrupção uma das principais mazelas do país e a julga a responsável por muitos dos problemas que afligem nossa população. Mesmo sendo um fenômeno sobre o qual já existe grande debate, o caráter fugidivo da ideia de corrupção e a tendência moralista das abordagens sobre suas causas, práticas e efeitos demandam a realização de estudos mais acurados, voltados à compreensão de sua extensão e profundidade (FILGUEIRAS, 2009; BAPTISTA, 2015).

O segundo ponto é o de que há uma relação estreita entre a evolução do pensamento sobre a cor-

rupção e as experiências de reforma experimentadas no Brasil. Analisados os estudos de Chaia (2015), verifica-se que as duas mais significativas experiências, iniciadas nos anos 1930 e 1990, se embasaram em teorias relacionadas a tais perspectivas sobre a corrupção, acompanhando-as em sua predominância na história.

Faoro (2000) apresenta a tese de que os diversos problemas enfrentados pelo Brasil, incluídos aí a corrupção, seriam resultantes da prevalência de um modelo institucional baseado no “capitalismo politicamente orientado”. Esse tipo de capitalismo teria incorporado parte das características do que seria o “capitalismo moderno”, voltado para a racionalidade e a impessoalidade, em que se valoriza a técnica e a indústria, e, principalmente, em que se garantem as liberdades individuais e propriedade, cabendo ao Estado a afirmação de tais garantias (FAORO, 2000).

No capitalismo politicamente orientado haveria a proeminência do estamento, que seria formado a partir de quadros parcialmente insulados, políticos ou burocráticos, que dirigiriam as ações do Estado orientando-as para o atendimento de seus próprios interesses em detrimento do interesse público, situação que representaria o suporte social à invasão do público pelo privado (FAORO, 2000).

Faoro (2000) destaca que esta comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito e a sociedade se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi

Para a tese patrimonialista a partir das ideias de Faoro (2000), a corrupção no Brasil seria derivada da colonização portuguesa, cujo produto foi a persistência de um modelo institucional em que as relações sociais, políticas e econômicas ocorreriam sem que houvesse uma clara separação entre o público e o privado. Supõe-se que a tradição política brasileira não respeita a separação entre o público e o privado, não sendo, o caso brasileiro, um exemplo de Estado moderno legitimado por normas impessoais e racionais.

Filgueiras (2009) destaca que, na visão de Holanda e Faoro, o patrimonialismo é a mazela da construção da República, de maneira que ele não promoveria a separação entre os meios de administração e os funcionários e governantes, fazendo com que esses tenham acesso privilegiado para a exploração de suas posições e cargos. Dado o patrimonialismo inerente à construção da cena pública brasileira, a corrupção é um tipo de prática cotidiana, chegando mesmo a ser legitimada e explícita no âmbito de uma tradição estamental e tradicional herdada do mundo ibérico

Em seu estudo sobre as principais teorias acerca das causas da corrupção, Graaf (2007) apresenta estudo comparativo entre tais teorias, considerando as seguintes dimensões de análise: elo causal, nível de análise das causas, nível de análise da corrupção, contexto e métodos de pesquisa mais comuns.

Graaf (2007) aponta que tais teorias são predominantemente utilizadas em estudos sobre a corrupção em países subdesenvolvidos. A partir delas, tal fenômeno é entendido como resultante do antagonismo entre a moralidade pública (macro) e a moralidade privada (micro).

O combate à corrupção a partir dessas bases passaria pela instituição e aplicação de códigos de conduta, bem como pela promoção de treinamentos de sensibilização e formação ética, voltando-se à eliminação do clientelismo e do nepotismo na administração pública. Para a literatura baseada nessa perspectiva, a corrupção seria comumente associada ao subdesenvolvimento, o que faria com que a retórica sobre sua erradicação fosse relacionada à racionalização das relações Estado sociedade como meio de se buscar o desenvolvimento (GRAAF, 2007).

Analisando esse posicionamento, Filgueiras (2008b) aponta que tal perspectiva estabelece a compreensão da corrupção a partir de análises dicotômicas e evolucionistas, entendendo que tal fenômeno é inerente às sociedades atrasadas. Por essas bases, então, o combate a tal fenômeno ficaria orientado para a realização de reformas voltadas à afirmação dos valores próprios da racionalidade moderna, como a adoção da burocracia profissional e da meritocracia.

Anote-se que, corrupção é uma prática muito usual nos Pais, um ciclo repetitivo que, de fato, precisa ser melhor ponderado, destarte, que há muito tem se aumentado os prejuízos financeiros econômicos do Estado pela crescente judicialização das demandas voltadas a estes delitos econômicos.

Maria Fernanda Dias Mergulhão(2021, p. 71) sustenta:

Os atos de corrupção considerados infrações penais passam por uma valoração mais rígida quando erigidos a essa categoria. Através desse mecanismo, em Estados Democráticos, cuja sociedade pressupõe a legalidade como parâmetro de Justiça, as infrações penais relacionadas à corrupção passam a ter a resposta estatal imposta por coerção. Resta refletir se o ordenamento jurídico brasileiro desde o período colonial até os tempos atuais, realiza o controle social idealizado que a sociedade concebeu... Há de se registrar que desafia a curiosidade o comportamento dos representantes públicos brasileiros quanto ao combate da corrupção em tempos atuais, eis que no denominado “pacote anticrime” foi retirada da pauta, inobstante, diversos projetos anteriores, a tipificação da corrupção privada.

A idéia proposta pela digna autora acima nos chama a atenção para este assombro costumeiro em nossa pátria, nesse trilho, imagina-se que um viés de perseguição penal contra estes criminosos econômicos deve atacá-lo diretamente no seu bolso, eis que para estes será a ferida que mais doirá no seu corpo, pois, é através dele que satisfaremos os prejuízos sofridos pelas vítimas, especialmente, o Estado, a Administração Pública, sujeito passivo da Corrupção.

Beirando as margens finais, acontecerá uma submersão ao mundo avesso da prisão.

Com efeito, a cadeia não recupera, regenera ou ressocializa ninguém, pelo contrário, cria cínicos, hipócritas, embrutece, perverte, degrada, és a verdadeira escola da criminalidade e indústria da reincidência, portanto, pensa-se que este instituto obsoleto instituto da prisão, há muito fadado ao insucesso, nos leva a sustentar que para este crime ou quiçá todos àqueles da linhagem dourada ou Colarinho Branco, pensa-se que o Cárcere não pode ser a única ou última solução, realmente, seja o direito penal última forma de intervenção, aqui parece-se que não soa muito bem a saúde financeira destas vitimas, na exata medida em que o criminoso dourado preso não ressarcirá o prejuízo, certo ainda que será por demais dificultado fazer um levantamento do seu capital branqueado, sendo assim, tem-se que mecanismos diversos da prisão, como o uso do acordo de não persecução penal e na sua forma extensiva especialmente com a primordial condição de reparação do dano a vítima, bem como por meio de pagamentos de multas pecuniárias elevadas, visto que, enxerga-se que preso ficarão engessados, no entanto, através de outras medidas diversas do cárcere, com uma política criminal de combate direito nas finanças daqueles, conclui-se que serão punidos com satisfatório aproveitamento para o Estado e a sociedade.

Silva (2014, p.1) arremata:

A política criminal do nosso tempo deve encaminhar-se para a gradual eliminação da pena de prisão, com o encontro de substitutivos. Para se chegar a esse objetivo, preconiza-se a descriminalização, isto é, a retirada das leis penais de infrações que não devem mais ser catalogadas como crimes, de acordo com os costumes de nossa época. Bons exemplos são o adultério e emitentes de cheques sem fundo não vão para a cadeia. A despenalização – aplicação de sanções que não pena de prisão - é outro instrumento importante que se aplicaria aos delitos que não apresentam maior gravidade nem ofendem regras de manutenção de convívio social, que é o caso de pequenos furtos. Também seria necessário desjudiciarizar, ou seja, retirar da competência do poder judiciário penal, ações cuja solução melhor ficaria na esfera civil ou administrativa, como delitos de dano sem violência. A prisão restaria para os delitos mais graves.

Por certo, o atual acordo de não persecução penal dentro dos seus requisitos legais abarca crimes com pena abstrata prevista na lei inferior a 4 anos, entretanto, muitas das vezes as penas nos delitos de corrupção se elevam por diversos fatores, notadamente, estes crimes normalmente não vem desacompanhados de outras infrações econômicas nas investigações criminais, via de regra em concurso, logo, inviabilizando uma resolução consensual dos conflitos ou até mesmo numa perspectiva da pena do investigado que diante das suas condições possa ser superior aos 04(quatro) anos, com isso, continuaria se levando ao encarceramento sem o devido ressarcimento da vítima e o visível assoberbamento do poder judiciário, tal como lotando ainda mais do falido de sistema prisional brasileiro, nessa pegada, acredita-se que a política criminal punitiva-retributiva não seria pena ineficaz a espécie, cogita-se a possibilidade de se aderir um aumento no acordo no cabimento do acordo de não persecução penal para maior eficácia na justiça penal, atendendo todos os anseios

CONCLUSÃO

O acordo de não persecução adveio com objetivo de tornar a justiça penal mais célere, eficiente e sem burocracia, considerando que o modelo consensual além destes propósitos, busca o distanciamento do fracassado instituto da prisão e deter o uso do processo, ademais, destaca-se a reparação do dano as vítimas, consoante já previamente delineamos no início desta pesquisa.

Ao longo deste estudo, se fez uma caminhada pelos diversos tipos de acordos penais para melhor compreensão e diferenciação dos institutos despenalizadores e desjudicializadores, sendo certo que todos àqueles antecederam o acordo de não persecução penal, o qual retrata uma evolução no pensamento criminológico e político criminal no combate a criminalidade.

É que o consenso ganhou espaço na justiça penal brasileira, mas também na linha do processo civil, visto que hoje é possível a formalização de termo de ajuste de conduta (TAC) feito pelo Ministério Público.

Noutra senda, os acordos penais transmudaram aquele ideal de que nenhum crime deveria ficar impune, situação característica da ação penal, posto que o princípio da obrigatoriedade da ação penal foi mitigado, dessarte, o atual modelo de justiça consensual tornou a justiça mais econômica e muito mais rápida. Mais que isso. Existe harmonia com o princípio da intervenção mínima do nosso sistema criminal e também evidencia o princípio da oportunidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de não persecução penal**: teoria e prática. São Paulo: Editora JH Mizuno, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Forense, 2019.

FERRAZ JUNIOR, Jairton. Análise criminológica da corrupção: uma visão des-penalizante. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 134, ano 25, p. 109-134, ago. 2017.

GARCIA, Emerson. O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 68, p. 39-42, 2019.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1991.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**: fundamentos, estrutura, política. Trad. Adriana Beckman Meireles et. al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 12. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2023.

MAÇALEI, Nicole; REZENDE, Guilherme Carneiro de. 4 Acordo de Não Persecução Penal e o princípio da obrigatoriedade da ação penal. **Diálogos e Interfaces do Direito-FAG**, v. 4, n. 1, p. 73-103, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM; São Paulo: Malheiros, 2021.

OLIVÉ, José Carlos Ferré. El Plea Bargaining, o cómo pervertir La justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, jun. 2018.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA, Claudio José Langroiva; PARISE, Bruno Girade. Segurança e justiça: o acordo de não persecução penal e sua compatibilidade com o sistema acusatório. **Opinião Jurídica**, v. 19, n. 38, p. 115-135, 2020.

16

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SILVA, Letícia Zeferino da. A compatibilização da transação penal com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. **Direito-Içara**, 2020.

SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, v. 5, n. 1, p. 213-232, 2020.

SOUZA, Marcos França Junior; LIMA, João Victor Silva; RIBEIRO, Lara de Paula. O Acordo de Não



Persecução Penal e a relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal. **Facit Business and Technology Journal**, v. 2, n. 33, 2022.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TILLY, Charles. **Democracia**. São Paulo: Vozes, 2013. (Série Sociologia)

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anti-crime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. **Boletim IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 318, mai. 2019.

VECCHI, Luiz Fernando. O acordo de não persecução penal e o princípio da obrigatoriedade da ação penal. **Revista de Estudos Jurídicos**, v. 1, n. 30, 2020.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Trad. Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.