



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JANAÍNA MARIA DOS SANTOS

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL À
LUZ DOS PRINCÍPIOS ENQUANTO NORMAS JURÍDICAS**

LAVRAS-MG

2022

JANAÍNA MARIA DOS SANTOS

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL À
LUZ DOS PRINCÍPIOS ENQUANTO NORMAS JURÍDICAS**

Monografia apresentada ao Centro Universitário de
Lavras como parte das exigências do curso de
graduação em Direito.

Orientadora: Profa. Me. Walkíria Oliveira Freitas

LAVRAS-MG

2022

JANAÍNA MARIA DOS SANTOS

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico
da Biblioteca Central do UNILAVRAS

Santos, Janaina Maria dos.
S237c “A (In) constitucionalidade do acordo de não
persecução penal à luz dos princípios enquanto
normas jurídicas”/ Janaina Maria dos Santos. –
Lavras: Unilavras, 2022.
42 f.: il.

Monografia (Graduação em Direito) – Unilavras,
Lavras, 2022.

Orientador: Profa. Me. Walquíria Oliveira Freitas.

1. ANPP. I. Freitas, Walquíria Oliveira (Orient.). II.
Título.

JANAÍNA MARIA DOS SANTOS

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL À
LUZ DOS PRINCÍPIOS ENQUANTO NORMAS JURÍDICAS**

Monografia apresentada ao Centro Universitário de
Lavras como parte das exigências do curso de
graduação em Direito.

Orientadora: Profa.Me.Walkíria Oliveira Freitas

APROVADO EM: 19/10/2022

ORIENTADOR(A)

Profa.Me.Walkíria Oliveira Freitas / UNILAVRAS

MEMBRO DABANCA

Prof.Pós-Dr. Denilson Victor Machado Teixeira /
UNILAVRAS

LAVRAS-MG

2022

*A mim mesma eu dedico esta vitória,
dor, medo, conquista e a certeza de que
fui capaz. Eu não sei para onde estou
indo, mas estou a caminho.*

AGRADECIMENTOS

Deus, criador de todas as coisas.

À Mamãe, Grigorini, minha cata-vento, força e motivo para eu estar de pé.

Ao Fran (papai), que, mesmo inconsciente há 12 anos, sorri quando sente minha presença ou voz, isso me ajuda muito.

Às minhas irmãs, Élide e Evanilda, em especial à Eliete por me ajudar tanto, principalmente no “depois eu te pago”; sem vocês não teria conseguido.

À minha querida orientadora e Coordenadora Walquíria Oliveira Freitas, pela sensibilidade, por ser tão humana e maravilhosa (...).Que sorte o mundo teria se existissem mais pessoas como você.

Por fim, não menos importante, ao gabinete da Vara Única da Comarca de Nepomuceno, na pessoa do nosso Juiz de Direito, Dr. Sérgio Luiz Maia, pela oportunidade e aprendizado.

RESUMO

Introdução: O presente trabalho cuidou de analisar a possível inconstitucionalidade do novo Acordo de Não Persecução Penal diante da esteira de princípios constitucionais presentes no ordenamento jurídico brasileiro. **Objetivo:** Para tanto, mapeou-se o estudo através da construção e compreensão do princípio do devido processo legal e seu surgimento no Brasil. Posteriormente, comparando-se o referido princípio com o direito americano, apresentou-se a forma como os princípios são entendidos como regras norteadoras no direito brasileiro, sobretudo e especialmente o devido processo legal em sua forma substancial. **Metodologia:** tratou-se de discutir o princípio da obrigatoriedade da ação penal em contraste com as possibilidades mitigadores do processo judicial brasileiro. **Resultado:** por conseguinte, discriminou-se o estudo do Acordo de Não Persecução Penal, sua estrutura, suas condições e vedações. Assim também, confrontou-se o instituto do ANPP com princípios constitucionais. **Conclusão:** Por fim, concluiu-se que o Acordo de Não Persecução Penal é potencialmente violador de direitos e garantias fundamentais e, logo, inconstitucional.

Palavras-chave: Devido Processo Legal. Mitigação da ação penal. Acordo de Não Persecução Penal.

ABSTRACT

Introduction: The present work analyzed the possible unconstitutionality of the new Criminal Non-Persecution Agreement in the light of constitutional principles present in the Brazilian legal system. Therefore, the study was mapped through the construction and understanding of the principle of due process and its emergence in Brazil. **Objective:** Subsequently, comparing the aforementioned principle with American law, the way in which the principles are understood as guiding rules in Brazilian law was presented, above all and especially due process in its substantial form. **Methodology:** Then, it was discussed the principle of mandatory criminal action in contrast to the mitigating possibilities of the Brazilian judicial process. **Result:** Therefore, the study of the Criminal Non-Persecution Agreement, its structure, its conditions and prohibitions was discriminated. Likewise, the ANPP institute was confronted with constitutional principles. **Conclusion:** Finally, it was concluded that the Non-Persecution Agreement is potentially a violation of fundamental rights and guarantees and, therefore, unconstitutional.

Keywords: Due Process of Law. Mitigation of criminal action. Non-Persecution Agreement.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 REVISÃO DA LITERATURA.....	10
2.1 PRINCÍPIOS ENQUANTO NORMAS JURÍDICAS.....	10
2.1.1 A cláusula do due process of law no direito norte-americano.....	13
2.1.1.1 <i>O devido processo legal no direito brasileiro.....</i>	<i>17</i>
2.1.1.1.1 Princípio da obrigatoriedade da ação penal.....	22
2.2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ANPP.....	27
2.3 A CONSTITUCIONALIDADE DO ANPP	32
3 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	39
4 CONCLUSÃO.....	39
REFERÊNCIAS.....	41

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 sedimentou o caráter axiológico de seu texto, de modo que a orientação das leis e do direito pela via dos princípios enquanto regras constitucionais inaugurou a importância de se pensar as normas jurídicas e também de aplicá-las de forma orientada.

Em sede jurisdicional penal, A Carta Política outorgou a criação dos Juizados Especiais Criminais, conclusão esta sedimentada pela promulgação da Lei 9.099 de 1995, a fim de que fosse possível processar e julgar delitos de menor potencial ofensivo segundo regras e ritos sumários, que possibilitassem à jurisdição e ao Ministério Público a simplificação da persecução penal.

A Lei 9.099 de 1995 trouxe consigo a possibilidade de utilização de instrumentos processuais de consenso e transigência, os quais permitiram a simplicidade, a oralidade e a celeridade dos atos processuais, em respeito à forma contida em princípios da Constituição da República. Buscou-se, assim, reduzir o imenso contingente processual levado ao Judiciário.

Seguindo o entendimento anunciado pelo texto constitucional e pela legislação processual específica, no ano de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio das Resoluções 181 e 183 editou as primeiras intenções sobre o Acordo de Não Persecução Penal, o qual passou a fazer parte do Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019.

De maneira geral, anuncia o Código de Processo Penal, em seu artigo 28-A, que poderá o Ministério Público propor ao investigado solução diferente daquela contida na ação penal, o que se fará mediante o atendimento de condições legais específicas, por meio do chamado Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

O dispositivo parecer conflitar com norma sensível contida no texto da Constituição segundo a qual cabe ao Ministério Público a promoção da ação penal pública, de incidência obrigatória no curso da busca investigatória. Quer-se dizer que não poderia o Ministério Público, diante da notícia de crime, deixar de promover a ação penal se presentes as condições da ação, porquanto se revele esta como poder-dever não discricionário, na forma como se interpreta do contido junto ao artigo 127 da Constituição Federal de 1988.

Para além disso, há também no Texto Fundamental princípio segundo o qual o devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, CRFB/88) é o único instrumento capaz de, no curso postulatório e instrutório, esclarecer a verdade real, de modo a consolidar o entendimento do estado-juiz na prolação de sentença de mérito, esta, sim, capaz de declarar a culpa – que também é agasalhada por princípio constitucional caro à jurisdição e aos direitos humanos (art. 5º, inciso LVII, CRFB/88).

A partir disso, presentes que se mostram, no cenário jurídico, a divergência legal-constitucional e também doutrinária sobre o tema em apreço, o presente estudo buscou confrontar os posicionamentos esculpido no cenário recente de modo a questionar se, de fato, o Acordo de Não Persecução Penal atende ao anseio da Constituição Federal como norma fundamental e se está alinhado às intenções de economia e celeridade processuais inauguradas no presente ordenamento jurídico.

Para isso, buscou-se, inicialmente, ilustrar a importância de princípios como orientadores do sistema jurídico brasileiro, especialmente na figura do devido processo legal e da presunção de inocência.

Posteriormente, tratou-se de elucidar a importância de confrontar o princípio do *due process of law*, aliado à obrigatoriedade da jurisdição, com a tomada do novo Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), a fim de que fosse possível estabelecer entre estes os elementos favoráveis e desfavoráveis em sede doutrinária e jurisprudencial.

Por fim, cuidou-se de apresentar o resultado dos debates levantados, de modo a arriscar que, embora possa o ANPP contribuir para com a celeridade dos atos processuais penais, pode também este significar, em termos práticos, ofensa a importantes princípios constitucionais, tão caros ao Estado Democrático de Direito em tema de considerável importância, tal como a fixação de penas e a presunção de não culpabilidade dos atos não sentenciados por juiz ou tribunal.

2 REVISÃO DA LITERATURA

2.1 PRINCÍPIOS ENQUANTO NORMAS JURÍDICAS

A evolução do direito romano-germânico foi construída segundo as bases de formação da identidade cultural ocidental. Naturalmente, a percepção de que a formação dos Estados nacionais se deu de maneiras distintas, a depender do contexto e da estrutura das sociedades, é crucial para compreender o motivo pelo qual algumas nações como Inglaterra passaram a valorizar princípios como verdadeiros condutores dos seus sistemas jurídicos, e nações como a Alemanha e a Itália valorizaram, primeiramente, o direito positivado, escrito e sancionado por instituições.

A Idade-Média é um claro exemplo de como a tradição jurídica romano-germânica serviu de base à estrutura dos Estados nacionais. O medieval foi o resultado da cultura romano-germânica aliada às bases da cristandade ocidental. Nesse peculiar cenário de nascimento científico e de recuperação da tradição filosófica greco-romana é que se alimentou o terreno que deu origem aos sistemas jurídicos modernos e, então, contemporâneos. (FRANCO, 2001). Na pesquisa em questão, interessa-nos conhecer e discorrer sobre como os princípios passaram a significar normas e regras, dentro da tradição *civil law*.

Para os sistemas de direito romano-germânico, os princípios não apresentaram o mesmo valor jurídico que as normas positivadas, sobretudo porque a produção científica jurídica se concentrou, por muito tempo, na identificação da importância do positivismo enquanto instrumento de validação das instituições do Estado e das normas emanadas pelo soberano. Foi o que se pode notar, por exemplo, na obra de Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen.

Em nosso ordenamento jurídico brasileiro, positivado que é, muitos são os cenários e contextos não cobertos por toda a extensão da norma positiva, ou seja, existem lacunas com as quais o aplicador do direito precisa lidar para que, mesmo a despeito disso, possa a tutela jurídica ser prestada.

Segundo Miguel Reale (2002, p. 304):

(...) o legislador, por conseguinte, é o primeiro a reconhecer que o sistema das leis não é suscetível de cobrir todo o campo da experiência humana, restando sempre grande número de situações imprevistas, algo que era impossível ser vislumbrado se quer pelo legislador no momento da feitura da lei. Para essas lacunas há a possibilidade do recurso aos princípios gerais do direito, mas é necessário advertir que a estes não cabe apenas essa tarefa de preencher ou suprir as lacunas da legislação. (REALE, 2002, p.304).

Miguel Reale acrescenta ainda que

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários (REALE, 2002, p. 60).

Ronald Dworking (2005, p. 67), em seu estudo dos princípios, por sua vez, leciona que "(...) as regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um tudo ou nada. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra se refira (...) se verifiquem, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser aplicada.

Quer-se, dizer, por conseguinte, que alguns princípios deixaram de ser apenas *standard* de normas jurídicas para, efetivamente, tornarem-se normas, vez que norteiam a aplicação das leis e dos sistemas de garantias. São exemplos de princípios caracterizados como normas: o devido processo legal, a presunção de inocência e a individualização das penas, todos esculpidos no rol de princípios constitucionais sensíveis de nossa Constituição Federal.

Segundo Walber Carlos da Silva (2018),

Os princípios são construídos por meio de enunciados, possuindo assim, um conteúdo finalístico, cuja aplicação sobrepesa valores, pois acarretam um elevado grau de abstração, de modo que podem ser aplicados nas mais diversas situações. Já do ponto de vista a solucionar as antinomias, ressalta-se que os princípios se valem pelas técnicas da ponderação, uma vez que quando se confrontam entre dois ou mais princípios, somente um deles é aplicado, sendo que o outro mantém-se adormecido sem, contudo, haver a anulação de um em detrimento do outro. Sempre será importante ressaltar que os princípios numa acepção lógica não são apenas meros preceitos

da ordem moral ou social, mas possui uma natureza capaz de inserir-se na experiência jurídica, integrando de forma definitiva o Direito. De outro modo, as regras se definem como normas que estabelecem imperativamente uma obrigação que, impõe, permite ou proíbem, ou seja, possui natureza impositiva, pois se perfaz numa expressão de um dever ser, que determina uma conduta.

Posto isso, é importante ressaltar que a inobservância de princípios pode resultar na transgressão da própria norma, ou seja, da intenção constitucional ou legislativa ordinária. Bandeira de Mello (2000, p. 742) destaca que

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo [...]. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada

No presente estudo, interessa-nos mais a ideia dos princípios constitucionais estampados no texto da Carta Política, que direcionam a aplicação de toda e qualquer norma do ordenamento jurídico brasileiro. Há de se observar, sempre que se proceder a qualquer atribuição da República, o rol de princípios ali esculpidos. Ruy Espíndola (1999, p. 78) ensina que:

No Direito Constitucional é que a concepção de fundamento da ordem jurídica como ordem global se otimiza diante da teoria axiológica do Direito. Assim, os princípios estatuídos nas Constituições – agora princípios constitucionais –, ‘postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento.

Em síntese, quer-se dizer que os princípios são o fundamento axiológico da Constituição Federal, que, como norma fundamental, exerce a função primordial de dar vida ao Estado e à sua estrutura, o que, na realidade, traduz também a exigência de que competências públicas, administrativas e legiferantes, sejam sempre guiadas sob a égide dos princípios esculpidos pela Carta Política. Os princípios enquanto normas jurídicas ditam a forma de ser das demais leis que conduzem a atividade estatal, jurisdicional e administrativa. Furtar-se disso é o mesmo que furtar-se do dever constitucional.

Portanto, necessário reforçar que os princípios enquanto normas jurídicas carregam consigo altíssimo grau de imperatividade, ou seja, de natureza cogente, de aplicabilidade imediata, cuja observância é obrigatória. Assim sendo, sua inobservância pode macular de ilegalidade qualquer ato do Poder Público, seja ele administrativo ou legiferante.

Por fim, para o presente estudo, interessa-nos dois grandes princípios em sede de direito processual penal: o devido processo legal e o princípio da obrigatoriedade da ação penal quando presentes os seus elementos ensejadores. Vejamo-los.

2.1.1 A cláusula do due process of law no direito norte-americano

No seio da Idade Média, a intensidade da força do absolutismo, que nasceu da circunstância e da necessidade, trouxe na figura do monarca o instrumento de imposição não passível de transigência. Isso significou, sobretudo, a ideia segundo a qual, dos destroços do feudalismo, surgiria a Coroa, detentora da lei, da execução da lei e da aplicação da lei.

Os indivíduos, os súditos e todos os integrantes do que viria a ser o Estado, sob a égide da monarquia, eram todos julgados conforme as intenções e vontades do monarca. Não havia, na maioria dos regimes monárquicos, um processo justo de acusações, apreciação de provas e aplicação humanizada das penas. (FRANCO, 2001). Isso só foi modificado muitos centos de anos depois, com o nascimento dos Estados republicanos (ao menos na sua totalidade).

Até meados do século XVII, era ainda o rei o detentor do poder-dever do julgamento e da execução (FRANCO, 2001). Assim, era ele o responsável pela aplicação das penas àqueles que transgredissem as normas da monarquia.

Entretanto, o julgamento não era aquele pautado na coleta de elementos de prova, mas sim na vontade do soberano, semcontraditório, sem ampla defesa, sem qualquer dos meios existentes hoje capazes de garantir um processo judicial para a apuração da verdade, até mesmo porque o Poder Judiciário só se fez presente de forma independente anos mais tarde, coma alimentação dos *checks and balances*.

Segundo Almeida (2016),

Em 1787 foi redigida a Constituição Americana com a proposta de organização do Estado em uma Federação, em que haveria um poder central forte e Estados federados independentes. Contudo, os Estados-membros não pretendiam prescindir das competências que lhes asseguravam independência, especialmente a liberdade para adotar determinadas formas de Estado e de governo; a soberania; e o poder de negociar diretamente com nações estrangeiras. A convenção da Filadélfia foi marcada por duas correntes divergentes, os federalistas e os anti-federalistas, de modo que, a Constituição de 1787 teve que atender aos interesses desses dois grupos, se por um lado no texto constitucional prevaleceu a federação como forma de Estado, por outro, restou omissa quanto ao enfrentamento da escravidão (interesse econômico dos anti-federalistas). Durante esse lento processo de ratificação por parte dos Estados o texto original da Constituição foi objeto de sucessivas emendas que resultaram dos debates dos representantes dos Estados em uma atmosfera de discordância em que se fez necessária a persuasão e concessões recíprocas para que os treze Estados viessem a aceitar a ratificação. Em 1789 durante a primeira sessão legislativa James Madison, representante federalista, apresentou sua proposta de emenda constitucional aditiva com doze artigos, que após várias mudanças, restaram aprovadas e ratificadas apenas dez emendas cujo conteúdo, em síntese, tratava-se de uma proposta de direitos fundamentais no plano federal.

[...]

Não obstante a aprovação das dez emendas, em 1833 a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que os dispositivos objetos das emendas não teriam aplicação aos Estados federados, sob o fundamento de que as emendas na origem teriam sido concebidas enquanto limitações aos poderes da União Federal. A decisão da Suprema Corte provocou uma situação anômala entre os Estados federados e a União, pois os Estados em que as Constituições não resguardavam os direitos assegurados nas dez emendas não estavam obrigados a respeitar tais direitos. Para compreendermos o contexto desse momento de construção do devido processo legal na Constituição norte americana é necessário levarmos em consideração o aspecto econômico que se desenhava em função dessa situação anômala em torno da não vinculação do Estados em relação aos direitos afirmados na Constituição Federal. A questão central residia na manutenção da escravidão por parte dos Estados do sul, que não compartilhavam a ideia do direito de liberdade afirmado no plano federal, conseqüentemente, mantiveram suas economias movidas por força da mão de obra escrava. Com o tempo

verificou-se que os Estados do norte que romperam com a escravidão possuíam economias com bases industriais e mais prósperas do que as dos Estados do sul que permaneceram agrícolas. (ALMEIDA, 2016, pp. 14-15).

Assim também, o julgamento dos indivíduos segundo as regras de um devido processo, só se tornou possível muitos séculos depois, com o nascimento da ideia do *due process of law*, na esteira da ciência jurídica norte-americana.

Foi nos Estados Unidos que o devido processo legal, então entendido e aplicado apenas à lógica procedimento do processo judicial, nasceu. Contudo, tornou-se claro atualmente que o *due process of law* não se restringe apenas ao processo judicial, mas ao processo em sentido *latu*, ou seja, também ao processo administrativo ou a qualquer outra da esfera pública que tenha por objetivo apurar elementos capazes de declarar situação jurídica, condenar prática delituosa ou identificar infrações legais.

A ampliação da ideia do *due process of law* às demais searas processuais é recente, contudo. Paulo Fernando Silveira (2001, p. 236) ressaltou que

A princípio, parecia que cuidava, apenas, de meras garantias processuais asseguradas ao acusado, como o julgamento pelo júri e o igual tratamento processual. Mas mesmo para se obter essas garantias, na essência, estava a limitação do poder governamental, o que só foi percebido com clareza mais tarde. Por isso, depois, com precisão conceitual, o princípio do devido processo legal evoluiu como um precioso instrumental, manejável através do Judiciário, como modo de contenção do poder do chefe de governo, visando evitar o cometimento de arbitrariedades, como retirar de qualquer membro da comunidade seu direito à vida, liberdade ou propriedade. Com o tempo, a cláusula foi estendida e acabou alcançando os departamentos subalternos do governo.

Embora tenha sido ventilada a ideia do *due process of law* no direito inglês junto à Magna Carta de 1215, foi nos Estados Unidos da América que o princípio se estruturou da forma como o conhecemos hoje. Comparato (2011, p. 93) nos ensina que

A cláusula 39, geralmente apontada como o coração da magna Carta desvincula da pessoa do monarca tanto a lei quanto a jurisdição. Homens livres devem ser julgados pelos seus pares e de acordo com seus pares com a lei da terra. Eis aí, já em sua essência, o princípio do devido processo jurídico (*due process of law*), expresso na 14ª Emenda à Constituição norte americana e adotado na constituição

federal brasileira de 1988 (Art. 5ª; LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal).

Os séculos seguintes apresentaram uma série de inovações jurídicas na seara dos direitos humanos fundamentais, a exemplo das demais cartas de direitos da Inglaterra e, posteriormente, com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos, já no século XVIII, que tratava de temas referentes aos direitos civis e políticos como nenhuma outro instrumento jurídico havia tratado antes.

Mas foi somente século XIX, com a promulgação da 14ª Emenda, a Constituição dos Estados Unidos passou a prever a revitalização dos direitos fundamentais até então afetados após o período de guerra entre os Estados do sul e do norte. Assim, pela Suprema Corte norte-americana restou declarado que o *due process of law*, para além dos efeitos estritamente processuais judiciais, passaria também a conservar um aspecto substancial não apenas objetiva, ou seja: a limitação de qualquer direito de liberdade ou propriedade individuais significaria a violação de direito personalíssimo, cuja natureza deriva da própria existência.

Assim declara a 14ª Emenda:

Nenhum Estado fará ou executará nenhuma lei, com efeito de reduzir prerrogativas ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem tampouco Estado algum privará uma pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem o devido processo jurídico (*without due process of law*), nem denegará a alguma pessoa dentro de sua jurisdição, a igual proteção das leis. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1787).

Segundo discorre André de Souza Almeida (2016),

Do período de debates para retificação da Constituição americana com a Emenda 14ª até o século seguinte a sua positivação no texto constitucional, o devido processo legal no contexto norte americano passou por um processo de reinterpretação que se compatibilizava aos interesses econômicos daquele momento e que teve como resultado o reconhecimento, ou a construção, da sua dimensão substancial.

[...]

No entanto, o devido processo legal em sua origem consubstanciava-se primordialmente em um mecanismo de proteção da propriedade e da liberdade, com vistas a assegurar primeiramente a liberdade de iniciativa. Até aquele momento, a cláusula secular representava 'um instrumento de manutenção do status quo'.

A evolução histórica do *due process of law* fez surgir naturalmente nos demais Estados constitucionais a necessidade de se prever nos textos o princípio segundo o qual ninguém tivesse sua liberdade ou seus bens prejudicados sem antes passar pelo crivo do estado-juiz, na intenção de que, violar tais direitos natos significaria violar a própria existência e também a legitimidade de tais direitos entendidos como naturais.

Segundo Almeida (2016),

Durante o ciclo de desenvolvimento do devido processo legal na jurisprudência da Suprema Corte Americana a cláusula secular passou a ser compreendida em duas dimensões: substantive due process e procedural due process, a primeira dimensão refere-se aos reflexos do princípio na seara do direito material, enquanto a última projeta seus efeitos na esfera processual, ambas as dimensões buscam resguardar a vida, a propriedade e a liberdade, com ênfase na liberdade de iniciativa, que consiste em um valor essencial para os interesses econômicos daquela sociedade.

[...]

Por via da dimensão material a Suprema Corte Norte Americana entre o final do século XIX e início do século XX operou o controle de constitucionalidade das leis, nesse período o entendimento da referida Corte compartilhava dos valores liberais, de modo que, o enfrentamento ao intervencionismo do Estado na economia passou a ser uma constante nos tribunais. Em síntese, por via da dimensão material, a inconstitucionalidade da lei era declarada caso sua aplicação implicasse uma privação⁸ arbitrária da vida; da liberdade; ou da propriedade, isto é, a referida privação caracterizava a própria violação do devido processo legal, de modo que, os juízes com base nessa violação estavam legitimados a afastar a aplicação de qualquer legislação arbitrária e desarrazoada. A dimensão substantiva em seu processo de evolução conceitual, dentro do histórico das três fases citado, tem como desdobramento o princípio da razoabilidade cujo conteúdo¹⁰ demanda um estudo próprio e aprofundado. Não obstante, neste momento cabe pontuar que o princípio da razoabilidade, teve, assim, sua matriz na cláusula do devido processo legal americano. (ALMEIDA, 2016).

Portanto, entendido o contexto histórico do *due process of law*, caminha-se agora para o estudo do devido processo legal na Constituição Federal de 1988, e de que modo este princípio está relacionado ao estudo da obrigatoriedade da ação penal e de seus efeitos sobre a ascensão do novo acordo de não persecução, à luz do direito brasileiro.

2.1.1.1 O devido Processo Legal no direito brasileiro

Como dito anteriormente, o devido processo legal se intensificou como princípio na medida em que os direitos de primeira dimensão passaram a ser tutelados com significativa relevância pelo Estado. A partir desse momento, a tutela jurisdicional se afastou bastante daquilo que se conheceu no início da idade moderna, em que um monarca direcionava os julgamentos sem devida apuração de provas e ampla defesa.

A fase em que o devido processo legal passou a ser entendido como princípio fundamental de qualquer processo, seja ele substancial ou objetivo, coincide também com a fase de fortalecimento dos primeiros Estados constitucionais, que buscavam romper para com os paradigmas monárquicos. É no *civil law* que o devido processo legal ganha espaço, e é partir dele também que se espalha pelos demais países, sobretudo aqueles que adotaram o sistema de direito romano-germânico.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio do devido processo legal se fez presente desde a Constituição Imperial de 1824 (a primeira de nossa história). Posteriormente, o princípio foi também consagrado nas Constituições de 1891, 1934, 1937 e, logo em seguida, nas constituições ditatoriais, mesmo que não respeitado diretamente.

Entretanto, como bem salienta Almeida (2016):

Em todos esses documentos constitucionais o devido processo legal apresentou-se enquanto garantia meramente formal, isto é, com vistas a assegurar ao indivíduo a plena regularidade das formas processuais, primeiramente no processo penal em seguida transportando-se para o processo civil e para o processo administrativo. Assim como no Direito norte americano, no Direito brasileiro o devido processo legal passou por um processo de reinterpretação, de modo que, outros sentidos lhe foram atribuídos, isto é, em torno do postulado secular passou-se a enxergar uma dimensão substancial. No Direito norte americano esse processo se deu por força da evolução jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana que passou a entender que a cláusula constitucional, mais do que mera garantia de formas processuais, também assegurava ao indivíduo uma margem de proteção substantiva. No contexto jurídico brasileiro esse processo de reinterpretação do devido processo legal operou-se por força da nova ordem constitucional instaurada com a Carta Política de 1988, que inaugurou novos pressupostos teóricos, cujos conteúdos enunciam um Estado que, em qualquer de suas manifestações de poder (funções executiva; legislativa; ou judicial) encontra-se submetido aos princípios e aos direitos fundamentais presentes no texto constitucional. (ALMEIDA, 2016, p. 17).

Assim, tal como se nota, o devido processo legal em sua natureza objetiva e substancial, e não meramente formal, somente se mostrou inaugurado junto à ascensão da Constituição Federal de 1988, isso porque a Constituição Cidadã inaugura novos pressupostos teóricos de validade e escolhe a dignidade humana como seu fundamento jurídico e axiológico.

Quer-se dizer, na verdade, que o Estado de Direito é subordinado a um conjunto de regras e princípios na condução de suas atribuições de poder-dever, sobretudo da jurisdição. O jurisdicionado não mais carece de amparo no curso das ações judiciais em termos de substância e forma, vez que em todos os casos, é imperioso que o devido processo legal se apresente de modo objetivo e substantivo. É a nova maneira de submissão do Estado Democrático às relações de poder-dever com a Administração e o cidadão. (ALMEIDA, 2016).

Segundo Almeida (2016. p. 18),

com a Constituição de 1988 estabeleceu-se para a atuação do Estado-Administração não apenas limites formais, bem como verdadeiros limites substantivos cujas transgressões podem ser aferidas caso a caso pelo Judiciário⁷, respeitando-se o princípio da separação dos Poderes que orienta a organização do Estado. Dentre estas garantias fundamentais que limitam a atuação do Estado-Administração encontra-se o devido processo legal, objeto da presente monografia, positivado no Art. 5, LIV da Constituição Federal de 1988, que afirma que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, 1988).

No ordenamento jurídico brasileiro, o devido processo legal foi inaugurado segundo suas bases axiológicas atuais pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, no rol de direitos e garantias fundamentais, também inserido no seio dos princípios sensíveis. Assim dispõe o texto constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (BRASIL, 1988).

O poder constituinte originário sedimentou assim o entendimento de que o devido processo legal não deveria ser entendido apenas como uma cláusula geral

principiológica, mas incluiu no texto constitucional os elementos necessários à sua validade processual e material – tudo isso com um só fim: possibilitar o exercício pleno de direitos e garantias fundamentais.

Assimilustra Almeida (2016):

Conforme exposto nas linhas anteriores, na Constituição de 1988 a positivação da garantia do devido processo legal encontra-se no Art. 5, LIV, no rol das garantias e direitos fundamentais. O constituinte originário não se limitou a prescrever o devido processo legal enquanto cláusula geral¹¹, a ser preenchida pela experiência histórica, fenômeno que ocorre com os métodos de hermenêutica que revelam conteúdo do princípio da razoabilidade, mas também incluiu no texto constitucional os elementos necessários a identificação do seu conteúdo com vistas a possibilitar a sua efetivação enquanto direito fundamental por via da sua dimensão adjetiva, sem que para isso o operador do direito tenha que recorrer a enormes esforços interpretativos. Isto é, logo no inciso seguinte, LV do Art. 5, a Constituição de 1988 informa que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Nesse sentido, os dispositivos devem ser interpretados em uma relação de complementariedade, de modo que, a partir das diretrizes constitucionais o devido processo legal possa assegurar, dentre outras garantias, o necessário grau de certeza de que serão observados o contraditório e ampla defesa. Ademais, cabe ressaltar que não estamos afirmando que a dimensão formal do devido processo legal, enquanto direito fundamental, se restrinja ao contraditório e ampla defesa, mas sim que partindo-se dos elementos do texto constitucional, sem maiores investigações, já é possível inferir as formas processuais essenciais à operacionalização do devido processo legal em seu aspecto formal, seja na seara penal; cível ou administrativa, e que, a contrário sensu, não se pode invocar excesso de indeterminação ou vagueza da cláusula constitucional como justificativa para sua inaplicabilidade. (ALMEIDA, 2016, pp.20-21).

De mais a mais, é possível observar que atrelados ao devido processo legal, instituíram-se demais princípios e garantias processuais, como é o caso do contraditório e da ampla defesa e, no caso do presente estudo, o princípio da obrigatoriedade da ação penal, implícito dentre as atribuições constitucionais do Ministério Público e da necessidade de se individualizar as penas em meio à persecução criminal diante da produção de provas em juízo competente.

O devido processo legal é componente articular de um sistema processual constitucional, tanto no sentido restrito do diploma normativo quanto em seu sentido amplo, que compõe o cenário de uma ordem jurídica interna (MARIOTTI, 2008).

Mariotti (2008) esclarece que

implica perder de vista que esse dispositivo é parte de um sistema, tanto no sentido restrito de parte de um mesmo diploma normativo, quanto no sentido amplo de elemento de uma ordem jurídica. De fato, como alerta Claus-Wilhelm Canaris ao defender a importância danoção de sistema em Direito, “só a ordenação sistemática permite entender a norma questionada não apenas como um fenômeno isolado, mas como parte de um todo”.¹¹¹ Falar a sério sobre devido processo legal implica, pois, situar a norma dentro da CRFB e, em um sentido mais amplo, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que nela não se esgota. Embora não se possa, na realidade, separar inteiramente os dois contextos, o presente estudo focará o devido processo legal dentro do primeiro deles, ou seja, em relação à CRFB. (MARIOTTI, 2008, p. 38).

Além disso, ligados ao devido processo, fortaleceram-se o princípio do juiz natural e imparcial, a proibição de tribunais de exceção e o tribunal do júri, na forma da lei. É no recorte desse princípio que já se consegue identificar de que modo o ordenamento jurídico brasileiro é guiado por uma base principiológica, mesmo que sob exceções normativas, tal como ressalta Mariotti (2008):

Este recorte do texto constitucional possibilita a identificação de uma série de normas jurídicas comumente referidas como princípios: princípios fundamentais (princípio do Estado de Direito, princípio democrático, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da separação dos poderes), direitos fundamentais formulados em forma de princípios (princípio da igualdade, princípio da legalidade, princípio da proteção judiciária, princípio do devido processo legal, princípio do contraditório, princípio da ampla defesa, princípio da razoável duração do processo), princípios da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). Fique claro que, nesse primeiro momento, estamos designando como “princípios” aquelas normas que costumam ser assim designadas na maior parte da doutrina nacional e na prática forense, agrupadas de acordo com os critérios textuais da própria CRFB. Isto é: não se está afirmando que todas as normas citadas tenham estrutura de princípios, nem sugerindo que tenham a mesma importância, nem, menos ainda, formulando qualquer proposta de classificação de princípios constitucionais. O que se quer vincar é que a apreensão do significado do devido processo legal implica uma visão de conjunto, conforme referido há pouco, e que essa visão de conjunto, embora diga respeito a todo o texto constitucional, envolve particularmente as normas destacadas. (MARIOTTI, 2008, p. 38).

O devido processo legal é direito fundamental de primeira dimensão; surgiu como fim de tutelar a garantia de outros direitos civis e políticos e ganhou cada vez

mais espaço em termos de substância para além da objetividade de cláusula geral. É, sobretudo, princípio processual constitucional do qual não se escusa para a garantia da liberdade, da propriedade (...).

Por fim, no esforço da tentativa conceitual, é possível destacar que o devido processo legal pode ser entendido na sua dimensão substancial, em que se destacam a razoabilidade e a proporcionalidade; e na sua dimensão procedimental, na qual se incluem o contraditório e a ampla defesa, sobretudo do processo como instrumento da legalidade e da inafastabilidade do controle jurisdicional. Esse último muito nos interessa para tecer os próximos comentários sobre a obrigatoriedade da ação penal para imposição das penas. Afinal, o que tem o devido processo legal de ligação coma obrigatoriedade da ação penal? E o que tem esta de ligação com o novo acordo de não persecução penal?

2.1.1.1.1 Princípio da obrigatoriedade da ação penal

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública é consagrada no título VII do Código Penal e no título III do Código de Processo Penal, além de estar disciplinada junto às atribuições constitucionais do Ministério Público. É também imperiosa a menção de tal princípio junto ao artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, segundo a qual lesões ou ameaças a direitos deverão ser apreciadas pelo Poder Judiciário, sem exclusão legal.

As exceções à obrigatoriedade de ação penal pública estão descritas no artigo 5º, inciso LIX, da Constituição, artigo 29 do Código de Processo Penal e artigo 100, §3º do Código Penal, que possibilitam o ajuizamento da ação penal privada subsidiária da pública, no estrito caso em que o Ministério Público deixe de fazê-lo a tempo e a modo.

Segundo Jardim (2011), a ação penal é nada mais que “um direito subjetivo público de invocar a prestação jurisdicional estatal em face de determinada pretensão, lastreada em norma penal ou processual penal.”

Fernandes ilustra que

A doutrina classifica a ação penal em virtude da legitimação ativa. Desta forma, a pretensão punitiva é invocada em juízo através de denúncia, pelo Ministério Público, na ação pública, e por mediante queixa, articulada pelo ofendido, na ação privada. Eventualmente, a

lei condiciona a propositura da ação penal pública ao interesse da vítima, mediante representação, quando então teremos a ação penal pública condicionada a representação. Outrossim, a inatividade do Ministério Público, pode justificar a ação privada promovida pela vítima, nessa situação dando causa a ação penal privada subsidiária da pública.

[...]

A ação penal pública movida pelo Estado e tendo como titular o Ministério Público⁵ é regida pelo princípio constitucional⁶ da obrigatoriedade, pelo qual o Ministério Público, encontra-se obrigado a propor a ação penal pública. Desta feita, determina o referido princípio que, diante da existência de justa causa, o Ministério Público deverá oferecer denúncia. (FERNANDES, 2022, p. 13).

A partir disso, significa dizer que é dever do Estado propor a ação penal pública quando presentes os elementos suficientes para que se inicie a persecução penal. A ordem se traduz pela leitura da Constituição e também pelo contido junto ao Código Penal e ao Código de Processo Penal.

Em outras palavras, diz-se que a ação penal não pode ser observada segundo a discricionariedade do Ministério Público, pois a ele a Constituição Federal conferiu o *poder-dever* da denúncia, de modo que, em sede dos crimes passíveis de ação penal pública, que independem de representação, não pode o *parquet* se escusar de cumpri-la.

É clara a percepção de que o poder constituinte originário não espaço para a discussão da norma constitucional na sede de atribuições do Ministério Público, e assim também o fez o legislador ordinário. A Constituição Federal anuncia que:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

[...]

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. (BRASIL, 1988).

Por sua vez, a Lei Complementar n.º 40 de 1981 destaca que:

Art. 3º - São funções institucionais do Ministério Público:

I - velar pela observância da Constituição e das leis, e promover-lhes a execução;

II - promover a ação penal pública;

III - promover a ação civil pública, nos termos da lei. (BRASIL, 1981).

O Código Penal assimpontua:

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - 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. (BRASIL, 1940).

Por fim, a regra do Código de Processo Penal destaca que:

Art. 24. 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. (BRASIL, 1941).

Não há dúvidas de que, ao recepcionar tais diplomas, a Constituição Federal sedimenta a compreensão de que a ação penal pública é um dever não sujeito à obrigatoriedade, de modo que, assim, sela a natureza de princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Guilherme de Sousa Nucci ensina que a ação penal não pode ser instrumento discricionário do Ministério Público, mesmo que atualmente existam exceções à regra contida no arcabouço legiferante. Assim leciona:

Logicamente, hoje, já existem exceções, abrandando o princípio da obrigatoriedade, tal como demonstra a suspensão condicional do processo, instituto criado pela lei 9.099/95, bem como a possibilidade de transação penal, autorizada pela própria Constituição (art. 98, I). A lei 13.964/2019 introduziu, também, o acordo de não persecução penal, atenuando a obrigatoriedade da ação penal. (NUCCI, 2020, p. 14).

Nucci trata aqui da justiça consensual em matéria penal, a qual possibilita o surgimento e o fortalecimento de da transigência entre o Estado e aquele que comete o ato delituoso passível de pena. Não se está diante de disposição da pena, mas de hipótese de atendimento à razoável duração do processo e os meios adequados de se alcançá-la.

Contudo, em matéria penal, é controversia a ideia segundo a qual os recentes institutos inseridos na norma processual sejam realmente benéficos ao sistema processual penal. Está-se diante de debate cujo centro conceitual é a própria

Constituição, que recepciona leis ordinárias defensoras da obrigatoriedade da ação penal, no crivo do devido processo, sem o qual não se alcança a justiça processual.

Ainda assim, nota-se que, mesmo antes da inauguração dos instrumentos mitigadores da ação penal, o princípio da obrigatoriedade desta não era absoluto, isto porque a lei já previa a ação penal privada para crimes especificados, os quais independiam do exercício institucional do Ministério Público. Assim também, as ações penais públicas condicionadas à representação já se mostravam como exceções à exclusividade da ação penal pelo *parquet*, já que são conduzidas pela oportunidade e pela conveniência.

Assim dispõe o Código Penal:

Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

[...]

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

[...]

§ 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Por sua vez, o Código de Processo Penal destaca que:

Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

Art. 31. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Art. 38: salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá do direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

Isto posto, é claro perceber que no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da obrigatoriedade da ação penal dialoga estreitamente com o princípio do devido processo legal.

Segundo Cabral (2020) apud Pereira (2020),

(...) em relação à sua história, ressalta-se que o princípio da obrigatoriedade teve seu nascimento no ideário iluminista e era

utilizado como uma espécie de solução contra os abusos e arbítrios que existiam no Antigo Regime da Itália. Todavia, posteriormente, o princípio virou-se contra o indivíduo, tendo em vista que a noção de obrigatoriedade como limite aos abusos autoritários se transformou na interpretação de que a sanção penal aplicada é a única forma de se responder a um crime. Além disso, nesse contexto histórico, percebe-se que o Estado era visto como superior ao indivíduo, impossibilitando o desenvolvimento de soluções consensuais entre o órgão acusador e o acusado, já que este era visto como inferior àquele, não sendo permitido ambos sentarem na mesma mesa para tentar solucionar o caso criminal de outro jeito que não fosse através da aplicação de uma pena condenatória. (PEREIRA, 2020).

É parte da tradição jurídica romano-germânica o fato de que a cláusula geral do *due process of law* acaba por se aperfeiçoar e deixar de lado seu caráter genérico para se preencher não apenas de forma, mas também de substância e subjetividade, ora como direito, ora como garantia.

Assim também o é em sede de persecução penal em que, a persecução do delito, via regra, é promovida pelo Estado no curso do devido processo, salvo raras exceções.

Ainda nos ensinamentos de Cabral (2020), citado por Pereira (2020),

O conceito relevante por trás de tal postulado é a de que o Parquet não pode, sem justa causa, simplesmente abrir mão de atuar frente às investigações penais maduras e viáveis que estão em seu poder. Dessa senda, a interpretação é a de que o Ministério Público não pode favorecer de forma ilegítima determinados indivíduos, nem perseguir de forma abusiva outros. Esse dever, mesmo que não seja através de uma ação penal, advém, mormente, do princípio da moralidade -previsto no art. 37, caput, da Carta Maior - e do dever de objetividade que deve caracterizar a ação do órgão ministerial. Além disso, o autor defende que tais postulados orientadores constitucionais são contrários ao protecionismo e ao favoritismo, situação que a obrigatoriedade penal objetiva evitar. Sendo essa forma de utilização do princípio da obrigatoriedade que deve ser preservada, repita-se, a de impedir o protecionismo e o favoritismo. (CABRAL apud PEREIRA, 2020).

É natural perceber que o Brasil está se aproximando cada vez mais da justiça negociada, mitigando, de certa maneira, a obrigatoriedade da ação penal, tudo isso em busca da redução de danos ao apenado mediante ampliação da eficiência do sistema criminal. A ação penal custa caro ao Estado. As ações negociadas e/ou consensuais acabam por desonerar, em certa medida, o orçamento da máquina judiciária em recursos materiais e humanos. É custo ao Estado, é custoso ao autor

do delito e é custoso ao sistema de manutenção do possível encarceramento, diante da burocracia prisional. (PEREIRA, 2020).

Portanto, tendo em vista a tradição jurídica brasileira, que adotou para si o devido processo como regra do ordenamento, pontuando exceções, pode a natureza de acordo processual ferir princípio tão caro quanto esse da obrigatoriedade da ação penal? Pode o acordo de não persecução dialogar com o ordenamento jurídico pátrio sem investir contra ele problemáticas principiológicas?

2.2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP

O Acordo de Não Persecução Penal foi introduzido ao Código de Processo Penal pela Lei 13.964 de 2019. Assim está disposto, *ipsis literis*:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

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

2.2.2 - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída em um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

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

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

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

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

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

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

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo;

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

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

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

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

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

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

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

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (BRASIL, 2019).

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais destaca em seu sítio eletrônico¹ que

¹Acordo de não persecução penal, segundo TJMG: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/acoes-e-programas/gestao-de-primeira/varas-criminais/acordo-de-nao-persecucao-penal-anpp.htm#.Y0MtJXbMK5c>.

Não sendo caso de arquivamento do Inquérito Policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não perseguição penal - ANPP, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante condições ajustadas cumulativa e alternativamente, nos termos do Artigo 28-A do Código de Processo Penal – CPP .

Segundo Avena (2021), o Acordo de Não Perseguição Penal é

o ajuste celebrado, em determinadas circunstâncias e presentes os requisitos legais, entre o Ministério Público e o investigado acompanhado de seu advogado, por meio do qual são estipuladas condições cujo cumprimento implicará no não ajuizamento de ação penal e conseqüente extinção da punibilidade. (AVENA, 2021, p.201).

Por sua vez, Lima (2019) leciona que

Como espécie de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o acordo de não-perseguição penal guarda relação muito próxima com o princípio da oportunidade, que deve ser compreendido como um critério de seleção orientado pelo princípio da intervenção mínima, o que, em tese, permite que o Ministério Público estipule regras de seleção conforme a política criminal adotada pela instituição. Enfim, representa uma alternativa promissora para tornar o nosso sistema de justiça criminal um pouco mais eficiente, com uma escolha mais inteligente das prioridades, levando-se a julgamento tão somente aqueles casos mais graves (LIMA, 2019, p. 272).

Antes da entrada em vigor do artigo 28-A do Código de Processo Penal, o Acordo de Não Perseguição Penal já estava prevista na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Afinal, como pode ser entendido o ANPP?

Trata-se de um negócio jurídico formalizado entre o Ministério Público e o investigado, somente nos casos em que, tratando-se de crime cuja pena mínima seja inferior a quatro anos, e também desde que o crime não envolva violência ou grave ameaça. Assim sendo, estabelecendo-se o acordo e preenchidos os requisitos ensejadores, a perseguição penal é paralisada, caso em que, cumprido o acordo, terá o investigado sua punibilidade extinta, na forma da lei. Via de regra, o ANPP pode ser oferecido antes de iniciada a ação penal.

Dissecando o artigo 28-A do CPP, depara-se com a estrutura de alguns requisitos, quais sejam: a) o delito não pode estar sujeito a arquivamento; b) ser infração punível, ou seja, a pretensão punitiva não pode estar extinta, já que, desta maneira, a nada serviria o ANPP; c) ser a infração praticada por pessoa maior e capaz, ou seja, pessoa imputável; d) além disso, deve haver justa causa no ato de possível oferecimento da denúncia; e) a existência de confissão formal e circunstanciada, de forma livre e consciente.

Além disso, o Acordo de Não Persecução Penal deve ser suficiente e capaz de prevenir futura prática delituosa e deve funcionar como a própria pena caso fosse o delito denunciado em sede de ação penal. São estes, portanto, os requisitos do ANPP, sem os quais não se pode promover-lo.

Entretanto, segundo se depreende da leitura do §2º do artigo 28-A, algumas situações vedam a celebração do Acordo de Não Persecução. Via de regra, não caberá o ANPP em caso de ser cabível a transação penal, de competência dos Juizados Especiais Criminais. Não caberá também nos casos em que o investigado seja reincidente ou caso haja prova de que sua conduta delituosa seja habitual.

Do mesmo modo, é vedado o ANPP nos casos em que o investigado tenha sido beneficiado, até cinco anos antes, em acordo de não persecução, transação penal ou suspensão condicional do processo.

Por fim, não se pode promover o ANPP para crimes cometidos no âmbito da violência familiar ou doméstica, ou aquele praticado contra a mulher em razão da sua condição de gênero.

Superados os requisitos e vedações, questiona-se: quais são as condições de exercício do ANPP?

O artigo 28-A enuncia em seus incisos as devidas condições que devem ser assumidas pelas partes do acordo. A primeira delas diz respeito à necessidade de se reparar o dano causado ou restituir a coisa à vítima, quando há impossibilidade de fazê-lo.

O investigado deve também renunciar a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como possíveis instrumentos, produtos ou proveitos do crime cometido.

O investigado poderá também ser requisitado para prestação de serviços comunitários ou serviços a entidades públicas por período correspondente à sua

pensa mínima, diminuída esta de um a dois terços, nos locais a serem indicados pelo juiz da execução, na forma como disposto junto ao artigo 46 do Código Penal.

Poderá também ser compelido a pagar prestação pecuniária a ser estipulada nos termos do artigo 45 do Código Penal.

Por fim, poderá também ser compelido a cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Natural, portanto, que o Ministério Público deverá se atentar aos detalhes do delito a fim de que não haja excesso de atribuição ou fixar condições irrazoáveis em relação ao delito praticado. Frisa-se: o Acordo de Não Persecução Penal tem por um de seus fins a redução dos efeitos danosos da sentença que seria prolatada em ação penal.

Promovendo-se o acordo, o artigo 28-A do Código Penal trouxe responsabilidades de controle ao Poder Judiciário, na forma como disposto junto ao §4º do referido dispositivo.

Segundo Pereira (2020),

para que o negócio jurídico seja homologado, faz-se imprescindível a realização de audiência perante o juiz, que deverá analisar a legalidade e a voluntariedade do acordo, através da oitiva do investigado na presença do seu defensor. Se o magistrado entender que não houve voluntariedade ou que o acordo não cumpriu os requisitos legais, deverá negar a homologação. (PEREIRA, 2020, p. 30).

O juiz poderá ou não homologar o acordo. Sendo reto e adequado o acordo, o juiz homologará judicialmente o acordo, remetendo-se os autos ao Ministério Público, para que o teor do acordo seja iniciado junto ao juízo da execução penal.

No caso de não homologação, o acordo será devolvido ao Ministério Público para que, sendo necessário, proceda à complementação do faltante ou para que promova a inserção de novos elementos investigatórios, ou ainda o oferecimento da denúncia em desfavor do investigado, tal como se nota da leitura do §8º do art. 28-A do Código Penal. O magistrado não poderá, assim, modificar o acordo, sob pena de exceder dos limites de sua atribuição.

2.3 A CONSTITUCIONALIDADE DO ANPP

Superados os esclarecimentos acerca do Acordo de Não Persecução Penal, imperioso se faz destacar o foco deste estudo. A costura que se fez até então ensejou justamente provocar a discussão acerca do problema de se entender o ANPP como alternativa em um sistema judicial que se afasta cada vez mais, em termos de forma e substância, do devido processo.

De modo geral, a negociação judicial não deixa de ser uma forma de mitigar a obrigatoriedade da ação/processo como meio de apreciação do poder judiciário de lesão ou ameaça a direito (individual ou coletivo). É bastante claro que o crime atenta contra a coletividade, motivo pelo qual não poderia a lei excluí-lo da apreciação da tutela jurisdicional.

O princípio do devido processo legal foi inserido em nosso ordenamento como forma de se proteger o indivíduo da arbitrariedade do Estado e também como forma de reunir neste a substância e a forma, para além da cláusula geral do *due process of law*.

Nesta toada, segundo a teoria de Robert Alexy, que desenvolveu sua tese na tentativa de superação da dicotomia entre direito positivo e direito natural, o princípio é a norma que ordena que algo seja realizado na maior medida possível, ou seja, dentro das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 1994).

Baseando-se no que dispõe a Constituição Federal, a regra contida junto ao artigo 5º, inciso LIV, é clara:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (BRASIL, 1988).

O poder constituinte originário sedimentou assim o entendimento de que o devido processo legal não deveria ser entendido apenas como uma cláusula geral principiológica, mas incluiu no texto constitucional os elementos necessários à sua validade processual e material – tudo isso com um só fim: possibilitar o exercício pleno de direitos e garantias fundamentais.

Assim sendo, parece destoar do entendimento constitucional a inserção do Acordo de Não Persecução Penal na legislação ordinária por motivos de ordem objetiva: primeiro, porque foge do escopo inaugurado pela Constituição segundo o qual a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Significa dizer que qualquer uma dessas duas possibilidades precisa ser levadas ao estado-juiz quando necessário.

O vocábulo “lei” em sentido estrito define que a lei ordinária não pode, então, modificar esse entendimento. Somente norma constitucional originária poderia mudar a intenção esculpida no artigo 5º. Nesse caso, é possível a lei careça de constitucionalidade pois confronta diretamente princípio fundamental, que é norma constitucional de eficácia plena.

Do mesmo modo, o Acordo de Não Persecução Penal, mesmo que negociado, atenta contra a possibilidade de que um investigado deve ser formalmente acusado e julgado por juiz competente. Embora não tenha o ANPP a intenção de tutela jurisdicional, provoca efeitos de ordem jurídica aplicáveis tão somente ao estado-juiz, princípio este também esculpido no seio do artigo 5º.

Assim também, ao transigir como Ministério Público, o investigado se afasta do crivo do contraditório e da ampla defesa na sede processual, o que, na persecução penal, seria de grande importância para a discussão de seus direitos e das provas eventualmente produzidas nos autos. Na visão do devido processo, o acordo parece possibilitar que o infrator acabe dispondo de direito fundamental, que é aquele de ser julgado por juiz competente, no crivo do contraditório, no direito de defesa técnica.

Além disso, a condição de que deva existir a confissão do investigado para o curso da negociação já é, nada mais, que um indicativo de que essa possa não ser, de fato, livre e consciente, já que o que pode interessar ao investigado é a extinção

da sua punibilidade, fato este que, na prova produzida nos autos, não seria de presunção absoluta.

Segundo Cabral (2020), citado por Pereira (2020),

ninguém senta, segundo o autor, com o Ministério Público a fim de acordar o fim da persecução penal de bom grado e feliz por ser o investigado de uma aparente prática delitiva. Assim, é indispensável que não se confunda a determinação de que a admissão de culpa seja voluntária com a percepção de que o imputado está exprimindo sentimentos. Dessa forma, agitações (revolta, indignação, surpresa), emoções (ódio, inveja, vergonha, orgulho) ou humores (felicidade, tristeza) não impossibilitam o agente de ter uma decisão livre, já que tais sentimentos são “poderes passivos não atualizáveis voluntariamente. Assim sendo, o que importa é a existência da voluntariedade e do consentimento livre e informado em confessar para poder celebrar o acordo de não persecução penal. Além do mais, esse ato de confessar faz o investigado perceber que é sujeito de direitos, com liberdade, autonomia e dignidade para decidir sobre o seu futuro. Situação que é inimaginável no sistema inquisitório, já que o autor de um fato criminoso era objeto de investigação, não tendo direitos e garantias.

[...]

Além disso, o ANPP possui condições leves, conforme o autor, dado que não envolve privação de liberdade e possuem direta proporcionalidade com a pena do delito, a qual serve como parâmetro para a fixação das obrigações do investigado. Dessa forma, nota-se que há a presença da proporcionalidade entre a punição cabível e o ajuste entabulado, descaracterizando qualquer sustentação de que no ANPP há uma pressão para a sua celebração, de modo a deixar o investigado sem a livre decisão de celebrar ou não o acordo. (CABRAL, 2020 apud PEREIRA, 2020).

Dito isto, há que se dizer que a confissão pode, sim, ser entendida como inconstitucional, já que pode violar direito do investigado, inclusive o de se manter calado a fim de que não produza prova contra si ou se autoincrimine. Além disso, pode o investigado declarar confissão falsa a fim de evitar a ação penal, que para o Estado e para si seria mais danosa.

Outro grande problema é o fato de que, ao assumir a confissão, o investigado assume a prática delitiva e a culpa, antes mesmo da denúncia em ação penal, que poderia, inclusive, absolvê-lo.

Há também inconstitucionalidade no fato de que o ANPP viola o princípio do juiz imparcial. O magistrado que homologa o acordo é o mesmo que recebe a denúncia. Nesse sentido, valendo-se da confissão, estaria ele contaminado pelo

vício que atinge a imparcialidade, não sendo possível, a partir de então, prestar a tutela jurisdicional menos gravosa ao investigado.

Criticando a condicionantes, Soares, Borri e Battini (2020) entendem que a confissão é inconstitucional, pois não deve esta ser utilizada como requisito em outras esferas da tutela jurisdicional, a exemplo:

Imagine, por exemplo, um servidor público que tenha realizado a confissão para fins de acordo de não persecução penal. A dúvida que surge é se, a título de prova emprestada, a confissão poderá ser empregada para propositura de eventual ação civil pública ou instauração de processo administrativo disciplinar (SOARES; BORRI; BATTINI, 2020, p.222).

Ademais, o Acordo de Não Persecução Penal acaba também por violar o princípio do contraditório e da ampla defesa, já que, na exigência de confissão para formalização do acordo, impede-se que qualquer prova seja produzida e também que qualquer circunstância processual seja levantada em favor do réu, já que a negociação se dá longe do devido processo, mesmo que haja homologação judicial.

É necessário entender que a homologação judicial, por si só, não representa o devido processo, uma vez que o mero ato da burocracia processual é apenas tradução da cláusula geral do *due process of law*, já superada no ordenamento jurídico brasileiro.

Da mesma maneira, a ausência da produção de prova faz nascer injustiça àquele que comete o delito, sobretudo porque, na confissão, deixa esse de investir o exercício do seu direito à inocência presumida.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, destaca que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quer-se dizer que a culpa não é presumida, mas deve ser comprovada no curso da ação penal, no seio do devido processo legal. O princípio aqui referido traz ao debate importante instrumento de limitação do poder arbitrário do Estado, que era a condenação não baseada em provas. Não se permite mais, em sede de direitos humanos, que a culpa seja atestada antes do trânsito em julgado da sentença de mérito.

Do mesmo modo, o princípio da presunção de inocência está descrito junto ao artigo 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, de que é parte o Brasil, segundo a qual todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. (OEA, 1969).

Igualmente, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do qual também é parte o Brasil, estabelece em seu artigo 14, item 2, que toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Além disso, o PIDCP destaca que toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e de apelar a uma instância superior, em conformidade com a lei. (ONU, 1966).

A Lei de execução penal também destaca que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é condição para execução da pena. (BRASIL, 1984).

Finalmente, o Código de Processo Penal, na esteira de seu artigo 637, traz a regra segundo a qual “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.” (BRASIL, 1941). Significava dizer que após o esgotamento da via recursal em segunda instância, o Recurso Extraordinário não impediria a execução da pena.

É justamente por isso que o Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de ser inconstitucional a execução antecipada da pena, em histórica virada jurisprudencial, no julgamento do *habeas corpus* n.º 84.078/MG, *verbis*:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente".

A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o relator – "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia

validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. (STF, HC 84.078/MG, Pleno, J. 05/02/2009).

Por fim, e não mesmo importante, o Acordo de Não Persecução Penal parece também violar o exercício da pretensão punitiva do Estado, vez que, que o encerramento do acordo, extingue-se a punibilidade, sem ter sido essa submetida, contudo, a qualquer crivo probatório. Não se está diante apenas da melhor condição para o investigado, mas sobretudo na busca e no alcance da paz social, para fazer extinguir qualquer conduta que atente contra a coletividade.

A transigência do acordo, nesse caso específico, se dá longe da esteira do devido processo legal e, por esse motivo, não possibilita a certeza de que a pretensão punitiva se extinguiu pelo tempo ou pela circunstância, mas pela negociação extraprocessual/extrajudicial.

4 CONCLUSÃO

O estudo em questão buscou discutir os problemas envolvidos na ascensão do novo Acordo de Não Persecução Penal e suas possíveis violações a princípios constitucionais sedimentados. Tratou-se de uma breve revisão bibliográfica que, de modo algum, esgota o tema, mas traz para ele provocações necessárias.

No estudo costurado, resta claro que o devido processo legal vem sofrendo cada vez mais mitigações diante da tentativa de se implementar a justiça penal negociada. Os meios alternativos de solução judicial parecem fazer mais sentido e se encaixar mais perfeitamente no que espera o ordenamento jurídico brasileiro em matéria de Direito Civil.

Na esfera penal, contudo, é receoso afirmar que um instituto que possibilita a análise da culpa por meio de instrumento que não seja o processual, em que há sentença de mérito, parece, minimamente, configurar grande afronta a princípios constitucionais e a compromissos caros assumidos pelo Brasil em sede da tutela internacional de direitos humanos.

No presente levantamento bibliográfico, chega-se à conclusão de que o Acordo de Não Persecução Penal, embora possa significar alternativa à prestação da tutela jurisdicional penal pelo Estado no que se refere ao investimento da máquina estatal, pode significar também o abandono de princípios norteadores da ordem constitucional.

Nesse caso, percebe-se que talvez não fosse esse o melhor caminho para se promover, mais uma vez, a justiça negociada, uma vez que os benefícios suspensão condicional do processo e da transação penal já se mostravam como mitigadores razoáveis do devido processo legal.

A preocupação se estaciona no fato de que, afastar o juiz natural da apreciação do delit é afastar também a própria tutela jurisdicional, fato esse expressamente proibido pela Constituição. Soma-se a isso a ruptura da imparcialidade do juízo que é responsável pela homologação do ANPP, que também seria o mesmo a receber a denúncia, maculando a ação penal com juízo anterior ao deslinde do feito.

A nova realidade processual criminal que vem se revelando foi retratada por Thomas Weigend, expondo a preocupação com os limites normativos de uma simplificação e aceleração dos processos criminais. A inclusão do ANPP no ordenamento jurídico brasileiro através de lei formal segue a tendência do direito comparado de adoção de soluções consensuais na esfera criminal. Esta nova forma de responsabilização do infrator faz parte do processo de mudança de paradigma da

justiça penal impulsionada pela análise global do escopo do direito penal, iniciada pelo funcionalismo penal. Este movimento, surgido na Alemanha em meados da década de 70, buscou correlacionar a dogmática penal aos fins do direito penal, ou seja, justifica a existência do direito penal à função da pena. O idealizador da teoria, Claus Roxin, sustenta que o crime não deve ser tratado somente sob a ótica do direito penal positivo, devendo haver a integração de questões de política criminal a fim de proporcionar uma visão macro acerca da função do direito penal. O modelo de resposta estatal a um ilícito penal deve estar o máximo possível de acordo com a gravidade do crime e com a personalidade do infrator. Alcançando-se este ideal, preserva-se a proporcionalidade da medida, o crédito na Justiça e a plena satisfação dos interesses, seja a do Estado de agir ante uma infração à lei penal, seja a da vítima com a imposição de uma contraprestação imposta pelo Estado ao infrator, podendo ser esta desde a reparação do dano até a privação de liberdade. O apego a um único canal de aplicação da justiça penal indistintamente, e neste caso, referimo-nos ao processo penal clássico, deflagrado pela denúncia e concluído com a sentença condenatória, burocratiza demasiadamente a repressão às condutas criminosas, deixando de responder de modo eficaz e célere às transgressões de baixa e média gravidade penal.

Dito isso, acredita-se que o Acordo de Não Persecução Penal carece de constitucionalidade, ao menos na comparação jurídica no seio do próprio sistema. A mitigação do devido processo legal pode significar, assim, um preço alto a se pagar a troco da celeridade e em troca da disposição de garantias.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.

ALMEIDA, André de Souza. **O devido processo legal como um limite à autotutela administrativa**: Uma análise sobre a garantia do devido processo legal em face da anulação abrupta de atos administrativos que geram efeitos favoráveis a terceiros. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão. São Luís, Maranhão, 2016.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1988.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1984.

_____. **Lei complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981**. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1981.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus n.º 84.078/MG**. *Habeas Corpus*. Inconstitucionalidade da chama “execução antecipada da pena”.

Art. 5º, LVII, da Constituição. Dignidade da Pessoa Humana. Art. 1º, III, da Constituição. Rel. Min. Eros Grau. D. J.: 05.02.2009. Brasília, DF.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.134.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FRANCO, Hilário. **A Idade Média**: Nascimento do Ocidente. Editora Brasiliense: São Paulo, 2001.

MARIOTTI, Alexandre. **Princípio do Devido Processo Legal**. Tese (Doutorado) – UFRGS. Porto Alegre, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo : Malheiros, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Assembleia-Geral da ONU, Nova Iorque, 1966.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. São José, Costa Rica. 1969.

PEREIRA, Thiago Thomas Menger. **O acordo de não persecução penal: direito subjetivo e a (in)constitucionalidade do requisito da “confissão”**. Monografia (Graduação). Universidade de Santa Cruz do Sul. Capão da Canoa, 2020.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Walber Carlos. **Normas, Princípios e Regras no Ordenamento Jurídico**. [online]. 2018.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOARES, R. J.; BORRI, L. A.; BATTINI, L. A. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. **Revista do instituto de ciências penais**, Belo Horizonte, v. 5, p. 213-232, maio. 2020