



CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
– UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA-FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCÍLIO NAKAMURA FERREIRA LOPES

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO NOVEL MEDIDA
DESPENALIZADORA E SEU IMPACTO NAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS**

BARBACENA

2021

MARCÍLIO NAKAMURA FERREIRA LOPES

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO NOVEL MEDIDA
DESPENALIZADORA E SEU IMPACTO NAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS**

Artigo científico apresentado ao curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

Prof. Orientador Colimar Dias Braga Júnior

Prof^ª. Geisa Rosignoli Neiva

Prof. Marcos Sampaio Gomes Coelho

Prof. Wanderley José Miranda

BARBACENA-MG

2021



unipac.br
Barbacena

TERMO DE RESPONSABILIDADE E AUTORIA DE TCC

Eu, Marcília Nakamura Figueira Lopes,
acadêmico(a) de Graduação do curso de DIREITO, matriculado(a) sob nº
171-001500 do Centro Universitário Presidente Antônio
Carlos/UNIPAC, declaro estar ciente do que é considerado utilização indevida,
ilegal e/ou plágio, no desenvolvimento de um trabalho de conclusão de curso, e
afirmo ter seguido o Manual de Orientação e Guia de Normalização de
Trabalhos Acadêmicos do curso da UNIPAC, apresentando meu TCC dentro
dos padrões técnicos.

Declaro ser de minha total responsabilidade a autoria do texto referente ao meu
trabalho de conclusão intitulado 19 Acordo de Não

Persecução Penal como medida despenalizadora
e seu impacto nas práticas restaurativas.

Por ser a expressão da verdade, firmo e dato o presente termo de
responsabilidade e autoria.

Barbacena/MG. 22 106 12021.

Marcília Nakamura Figueira Lopes

Assinatura do(a) Aluno(a)

SUMÁRIO

RESUMO. ABSTRACT. 01. INTRODUÇÃO. 02. O OBJETIVO DO DIREITO PENAL. 2.1 Breve Histórico. 2.1.1. Finalidades Simultâneas 03. AS MEDIDAS DESPENALIZADORAS. 3.1. A composição civil 3.2. A transação penal. 3.3. A suspensão Condicional do Processo. 3.4. O acordo de não persecução penal. 04. A CONSTITUCIONALIDADE DOS REQUISITOS DO ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 05. AS PRÁTICAS RESTAURATIVAS COMO BUSCA PELA HARMONIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS. 07. CONSIDERAÇÕES FINAIS. Referências.

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a novel medida despenalizadora apresentada pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), insculpida no artigo 28-A daquele diploma legal. Considerando ter o direito, entre seus objetivos, a harmonização das relações sociais e a construção de uma Justiça que entregue não apenas o provimento jurisdicional, mas promova a pacificação entre os jurisdicionados, observamos a importância de tais medidas, ao passo que permitem que o aparato do Estado-Polícia e do Estado-Juiz depositem o melhor de seus esforços na solução de crimes de maior potencial ofensivo

Palavras-Chave: Pacote Anticrime. Medidas despenalizadoras. Acordo de não persecução penal. Harmonização.

ABSTRACT

This article aims to analyze the novel decriminalizing measure presented by Law 13.964 / 2019 (Anticrime Package), inscribed in article 28-A of that legal diploma. Since the Law has, among its objectives, the harmonization of social relations and the construction of a Justice that delivers not only the jurisdictional provision, but promotes pacification among the jurisdictioned, we note the importance of such measures, while allowing the apparatus provided by the State Police and the State Judge to put the best of their efforts in solving crimes of greater offensive potential.

Keywords: Anti-crime package. De-penalizing measures. Non-criminal prosecution agreement. Harmonization

01. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como premissa a análise, de forma sucinta, dos efeitos resultantes da novel legislação insculpida sob o nº 13.964/19, nominada apocrifamente “Pacote Anticrime”, notadamente no que concerne à prática forense e aos resultados que se objetivam alcançar através de uma legislação que se aproxima cada vez mais da Justiça Restaurativa.

Dentre os objetivos deste elóquio, estão o compulsar de um breve histórico, colimando a compreensão dos objetivos da própria tutela jurisdicional, bem como das ferramentas já disponibilizadas pelo legislador para que seja alcançada a pacificação social.

Ausente nestas linhas, está a pretensão de sugerir novos modelos, mas sim de haurir os já vigentes, vergastando as problemáticas ínsitas ao sistema ora em vigor, bem como teorizar formas de ampliação da eficácia do mister dos operadores do direito, especialmente sob a ótica da harmonização das relações sociais e da participação dos interessados na solução da demanda de maneira integrativa.

Em verdade, a função legiferante empreendida de forma exacerbada gera constantes desafios para a aplicação daquilo que pensou o legislador (*mens legis*), sendo certo que tal atividade suplanta a capacidade do sistema de subsunção à novidade, exigindo, portanto, que sejam viabilizadas as ações do Poder Judiciário, dos Defensores, do *Parquet* e do Estado-Polícia, no sentido de alcançar a habilitação técnica e profissional.

02. O OBJETIVO DO DIREITO PENAL

2.1. BREVE HISTÓRICO

Conforme os *ens sociales* se estabeleceram em sociedades organizadas, surgiu a necessidade de organização da vida em grupo. Esta, permeada por diversos conflitos de interesses, foi tutelada por diversas formas de atuação da entidade etérea conhecida como Estado, objetivando alcançar a solução das demandas.

Dentre os interesses postos sob a tutela do Estado, estavam os de caráter privado e os de caráter público, mormente aqueles que pudessem afetar os demais membros da comuna. Via de regra, as normas genéricas eram capazes de solucionar a maior parte das demandas.

Não obstante houvesse tal estruturação, certos interesses mostravam-se mais sensíveis e demandavam uma resposta significativamente mais enérgica e proporcional à ofensa porventura cometida. De maneira simples, mas não simplória, assim surge o Direito Penal, acompanhado por uma característica que o acompanha desde o embrião, qual seja, a aplicação deste apenas quando estritamente necessário, a *ultima ratio*.

Sobre o tema, o magistério de Guilherme Nucci, o Direito Penal trata do “conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e sanções correspondentes, bem como regras atinentes a sua aplicação”¹

O Direito Penal tem, portanto, o objetivo de proteção dos bens jurídicos mais importantes para que subsista de forma equilibrada a própria sociedade. Nesse ínterim, são utilizadas a determinação de uma reprimenda, ou seja, a cominação, a aplicação e execução da sanção. Mister observar que a sanção não constitui a finalidade do Direito Penal, sendo apenas uma ferramenta que o Estado utiliza para buscar a consecução de seus fins enquanto garantidor da tutela dos bens jurídicos.

2.1.1. FINALIDADES SIMULTÂNEAS

Neste âmbito, importante ainda ressaltar duas finalidades coexistentes da tutela jurídico-penal, quais sejam, a mediata e a imediata.

Aquela, cuida do próprio controle da conduta dos cidadãos, bem como da limitação do *jus puniendi* estatal. Ora bem, se por um viés o Estado controla a conduta do cidadão através do estabelecimento de uma série de limites, por outro, o seu próprio poder também deve ser limitado, com vistas a prevenção do surgimento de um Leviatã.²

Já esta finalidade, é aquela a que se destina a própria existência do Direito Penal, ou seja, resguardar bens sensíveis e afetos ao equilíbrio da convivência em sociedade,

¹NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal e Execução Penal*. 4.^a Ed., rev., atual., ampl. 3^a tir.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

²HOBBS, T. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003

conforme a teoria do Funcionalismo Teleológico de Roxin³, bem como garantir o ordenamento e a vigência normativa, à luz do que teorizou Günther Jakobs no Funcionalismo Sistemico que versa que o Direito Penal é determinado pela função que cumpre no sistema social, e inclusive ele próprio é um sistema autônomo, autorreferente e autopoiético, ou seja, gerador de si mesmo.⁴

2.2. VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

Para além dos modelos de funcionamento e de objetivos do Direito Penal, temos o conceito estabelecido por Jesús-María Silva Sánchez onde o nobre doutrinador expõe que a atual tutela penal efetiva-se de forma heterogênea, sendo diferenciados os fluxos de ação no que concerne à burocracia ou formalidade, à mitigação das garantias e à própria agilidade do provimento.

Temos então as ditas “Velocidades do Direito Penal”⁵, quais sejam:

1ª Velocidade: Aqui observa-se a prevalência da pena privativa de liberdade, sendo comum a associação feita ao cárcere, havendo significativa severidade com a principiologia que o constitui, mas respeitando os direitos fundamentais.

2ª Velocidade: É característica desta velocidade a flexibilização do sistema, não fazendo-se necessária a privação da liberdade. Institutos despenalizadores como a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal aqui se enquadram, porquanto a flexibilização proporciona maior celeridade e significativa relativização de regras processuais, com vistas a entregar um provimento suficiente e proporcional.

3ª Velocidade: Esta relaciona-se ao que Günther Jakobs veio a chamar de “Direito Penal do Inimigo”, uma vez que é característica desta velocidade a rigidez e a pouca importância dada aos direitos e garantias individuais, razão pela qual um sistema mais severo e que não promova compensação através das penas se formaria. Conforme o magistério do

³ Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n° 32, pp. 120-163, out./dez. 2000

⁴ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019

⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002

doutrinador, aqui ocorre a “privação da liberdade e suavização ou eliminação de direitos e garantias penais e processuais” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p.55)

4ª Velocidade: Posição de parte da doutrina é afirmar que existe tal velocidade, mas que esta cuidaria das questões afetas ao Direito Internacional, mormente aquelas envolvendo política externa e ações de segregação, ocasião em que direitos tanto materiais quanto processuais seriam ignorados, e surgiria tal prerrogativa em virtude da gravidade dos ataques perpetrados.

Temos então elencados os principais objetivos da tutela penal, sendo a proteção aos mais caros bens da sociedade, o corolário das demais finalidades que coexistem durante o exercício da atividade estatal e que evidenciam, *pari passu* o dever de resguardar os interesses daquele que deixa de ser apenas jurisdicionado e torna-se objeto do direito, ao passo que aveza-se a delinquir.

03 AS MEDIDAS DESPENALIZADORAS

Aclarados os objetivos da tutela penal, observamos que uma das formas de melhor atingir a finalidade a que tal ramo do Direito se destina é evitar que este se transforme em mero instrumento de encarceramento em massa.

Entre as diversas ferramentas que se apresentam, estão as medidas despenalizadoras dispostas na legislação de regência, mormente aquelas instituídas pela Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), métodos transformadores da Justiça Criminal e que objetivam transmutar a ideia de sistema de conflitos para sistema de consenso, contribuindo para a edificação de uma prestação jurisdicional célere, simplificada e que possibilita o acesso de todos, não apenas no aspecto legal, mas material.

Para a sistemática instituída pelo supramencionado diploma legal, é fundamental a busca pela reparação do dano, característica eminentemente social e que deixa patente a importância de pacificação da convivência.

As medidas despenalizadoras são fulcradas na Carta Magna, em seu artigo 98, inciso I, tencionando a simplificação do trâmite processual e a não aplicação da pena privativa de liberdade para os delitos que se encaixem no disposto no artigo 61 da Lei do JECRIM, chamados de delitos de menor potencial ofensivo.

O princípio da oportunidade regrada da propositura da ação penal, é a gênese das medidas mencionadas, sendo certo que ele confere ao Ministério Público, titular do *jus*

persequendi in judicio, a escolha sobre como conduzir a ação penal e mesmo se dela abrirá mão, não promovendo-a, observados os requisitos objetivos e subjetivos.

3.1. A COMPOSIÇÃO CIVIL

Insculpida no art. 74 da Lei nº 9.099/95, encontramos a composição civil dos danos. Senão vejamos:

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Normalmente, mais de um bem jurídico tutelado é hostilizado pela prática de um ilícito penal, sendo um deles ligado ao resultado prejudicial que a conduta típica pode gerar na vítima, podendo causar danos morais ou materiais, sendo a natureza cível, enquanto outro consiste na ofensa a interesse tutelado pela legislação penal, sendo esta a sua natureza.

Registre-se que a composição dos danos civis oriunda de delitos de menor potencial ofensivo pode abarcar ambas espécies de dano.

O presente instrumento objetiva, portanto, valorizar a presença da vítima no Processo Penal, criando uma forma de renunciar à persecução em ações penais privadas e públicas condicionadas à representação, situação em que o magistrado declarará extinta a punibilidade do autor do ilícito em caso de acordo formulado pelas partes, nos termos do art. 74 citado.

3.2. TRANSAÇÃO PENAL

Aqui, o acordo não é celebrado entre ofendido e ofensor, mas sim entre o ofensor e o Ministério Público, ocasião em que é sugerida imediatamente a aplicação de pena pecuniária ou restritiva de direito, sendo descartado o oferecimento da exordial acusatória, ocasião em que o adimplemento à condição imposta implicará na extinção da punibilidade do agente. Vejamos o que diz a Lei dos Juizados Especiais:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Veja-se o magistério de Ada Pellegrini Grinover:

“Não estamos diante do guilty plea (declaração de culpa) ou do plea bargaining (barganha penal) do direito norte-americano, pois a aceitação da transação não tem efeitos penais ou civil. A figura que mais se aproxima do instituto pátrio é o nolo contendere (não quero litigar), pelo qual o interessado simplesmente prefere a via do consenso à do conflito. Muito se tem escrito e discutido sobre essa dicotomia no direito penal (consenso ou conflito), e não é possível sustentar, em sã consciência, que a transação do direito brasileiro vulnera a presunção de inocência. O certo é que o estado de inocência não cede perante a transação penal, e quem aceita continua sendo considerado inocente, tanto quanto o acusado submetido a processo”⁶

Tal forma de evitar a aplicação da pena restritiva de liberdade visa, também, a celeridade na solução de conflitos de modo a permitir que o Direito Penal dedique-se às infrações de maior gravidade.

Para fazer jus à benesse, mister sejam cumpridos os pressupostos elencados no art. 76, quais sejam, a infração ser de menor potencial ofensivo, não ser cabível arquivamento, o delito deve ser de ação penal pública condicionada à representação ou incondicionada, não pode o agente ter sido condenado por sentença transitada em julgado à pena privativa de liberdade e devem militar em seu favor as circunstâncias do art. 76, III, sendo certo que a proposta deve ser aceita pelo autor e por seu patrono.

3.3. A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Colaciono o elóquio de Guilherme de Souza Nucci, acerca da suspensão condicional do processo

“(…) trata-se de um instituto de política criminal, benéfico ao acusado, proporcionando a suspensão do curso do processo, após o recebimento da denúncia, desde que o crime imputado ao réu não tenha pena mínima superior a um ano, mediante o cumprimento de determinadas condições legais, como o fito de atingir a extinção da punibilidade, sem necessidade do julgamento do mérito propriamente dito.”⁷

À inteligência do disposto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, tal instituto é passível de aplicação às infrações cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, sejam elas ou não da competência do Juizado Especial, e constitui-se na possibilidade de suspensão

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarange; GOMES, Luiz Flávio. Juizados Especiais Criminais. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal /. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

do processo por dois a quatro anos, interregno nomeado período de prova, mediante imposição de várias condições.

Também chamado de *sursis* processual ou *sursis* antecipado, o instituto é embasado na autonomia da vontade do acusado e na observância de que a restrição da liberdade do acusado é despicienda, princípios que norteiam a aplicação de forma isonômica.

Em caso de negativa no oferecimento do benefício pelo *Parquet*, deve o magistrado aplicar o disposto no art. 28 do CPP, por analogia, sendo os autos remetidos ao Procurador-Geral de Justiça, sendo tal entendimento explicitado na súmula 696 do STF.⁸

Em caso de aquiescência à proposta, tem início o período de prova, durante o qual não flui o prazo prescricional, sob as condições que ora se transcreve:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Caso o réu seja novamente processado por crime ou não promova a reparação do dano sem justificativa plausível, ocorrerá a revogação do *sursis*, ocasião em que será retomado o curso do processo, o que, não sendo verificado com o decurso *in albis* do prazo de suspensão, enseja a extinção da punibilidade do agente.

Verifica-se, novamente, o desejo de promoção de uma Justiça restaurativa e que prioriza a ressocialização do indivíduo em conflito com a lei.

⁸ Súmula 696 – Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal

3.4. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Dentre as alterações promovidas pela Lei nº 13.964, encontra-se a novel medida pré-processual chamada de acordo de não persecução penal.

Tal qual ocorre na transação penal, o acordo é feito entre o titular da ação penal, *in casu*, o Ministério Público, e o investigado, sendo certo que ele não é obrigado a aceitar as condições impostas, o que denota a faculdade de negociar com o RMP.

É cabível o ANPP quando o delito em questão for praticado sem violência ou grave ameaça e o *sanctio iuris* ostentar pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, razão pela qual o instituto do acordo de não persecução penal insurge-se significativamente benéfico ao delinquente.

Uma vez que trata-se de instituto processual, é certo que sua aplicação deve obedecer ao princípio *tempus regit actum*, que encontra-se sob a rubrica do art. 2º do CPP, ou seja, imediatamente.

Sobre o tema, veja-se os requisitos e pressupostos elencados no diploma que instituiu a medida:

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:

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

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do 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.

Ademais, conforme disposto no § 2º do artigo ora em comento, é incabível a celebração do acordo se for possível a transação penal, por ser evidentemente mais favorável ao investigado; se for o investigado reincidente ou houver elementos que indiquem contumácia na criminalidade, exceto se os crimes pretéritos forem insignificantes; se tiver o agente sido beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento do delito por ANPP, transação penal ou *sursis* e nos crimes praticados no contexto da Lei nº 11.340/06.

Observa-se portanto, a expansão do objetivo de preservar a atuação do Estado de forma mais significativa apenas nas infrações que apresentarem significativo potencial

lesivo, clara tentativa de forjar o Direito Penal para atender à sociedade de forma cada vez mais célere e integrativa.

Não obstante, referida medida despenalizadora é alvo de severas críticas que serão doravante vergastadas.

04. A CONSTITUCIONALIDADE DOS REQUISITOS DO ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Inspirado em institutos já consagrados em outros países, como o *plea bargain* muito presente no direito estadunidense, o ANPP busca, através de pressupostos objetivos como a confissão, atingir a finalidade do processo penal de maneira mais célere, eficaz e rentável para a sociedade que custeia a máquina estatal.

A novel medida despenalizadora insculpida sob a rubrica do art. 28-A do CPP tem sido criticada não apenas pela forma como aborda a problemática da função real do processo e seus destinatários, mas também pela forma como esta pode ser celebrada.

Os requisitos para que a ação penal seja descartada pelo Ministério Público mostram-se vanguardistas do ponto de vista da liberdade de acordar e também da relativização de princípios fundamentais da Carta Magna, mormente o *nemo tenetur se detegere* (art. 5º, LXIII, CRFB/88) e o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB/88), sendo estes também verificados em enunciado supralegal contido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica (8º, 2, g), o qual prevê que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.”

São pressupostos para que o ANPP possa ser oferecido: a confissão formal e circunstancial do cometimento do delito; que a infração penal, cuja pena mínima deve ser inferior a 04 (quatro) anos tenha sido cometida sem violência ou grave ameaça e que a medida seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Para além dos pressupostos de oferecimento, o investigado deverá cumprir as condições dos incisos do referido diploma legal, sendo elas: a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, se possível; a renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas pelo período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços e o cumprimento, por prazo determinado, de outra condição que venha a ser indicada pelo *Parquet*, desde que proporcional e compatível com a infração penal.

Ante a inovação, um dos temas que maior contenda tem gerado na doutrina é a constitucionalidade, ou ausência dela, da exigência de confissão, por patente violação aos princípios retromencionados.

Sobre o instituto da confissão, mister promover breve análise histórica que será fundamental na compreensão da origem desta integrante do conjunto probatório. A utilização da confissão como prova no Processo Penal, varia em sua forma de aplicação de maneira diretamente proporcional ao sistema processual vigente, sendo este dividido entre o sistema inquisitivo e sistema acusatório.

A sistemática utilizada de forma inquisitiva é, na gênese, autoritária e frontalmente contra os direitos individuais, sendo certo que, por vezes, há relativização e mesmo obliteração de garantias que foram elencadas na Carta Política. O sistema acusatório, por sua vez, preza pelo acatamento aos direitos do indivíduo.

Problemática há muito enfrentada também, é a forma de obtenção da confissão, seja pelo uso da força, como perpetrado diversas vezes em períodos obscuros da história, como pela coerção psicológica.

Por vezes, a confissão é obtida sem o devido respeito à legislação de regência, como, em meu entender, deu-se na Lei 13,964/2019 que determinou a necessidade de obtenção desta para celebração de Acordo de Não Persecução Penal.

Importante esclarecer que com este artigo, não se objetiva o alijamento da confissão do Processo Penal, vez que é importante instrumento probatório, mas sim que sua obtenção se dê dentro dos limites legais e da sistemática imposta pela democracia.

Evidentemente, com a implementação do sistema acusatório, o réu deixa de figurar simplesmente como objeto do direito, para ser considerado efetivamente como sujeito de direitos, razão pela qual a confissão não mais é suficiente a sustentar decretos condenatórios sem um conjunto probatório e sem o exercício da ampla defesa.

Por óbvio, se a confissão, *per se*, não é suficiente à prolação de *decisum* condenatório, assim também não pode ser considerada para a celebração de Acordo em que se admite a culpa ainda que ela não exista. A razão para tal inferência encontra-se no evidente desconforto de ser submetido ao que a Teoria do *Labeling Approach*, chamou de cerimônias degradantes do processo penal.

Extrai-se portanto, que a confissão apenas para realização de negócio jurídico extraprocessual entre a acusação e o investigado é manifestamente contrária ao próprio senso de finalidade, pois objetiva-se fazer com que aquele que efetivamente delinuiu, não precise ser processado, no entanto, o próprio temor de ser processado, faz com que aquele que não cometeu qualquer ilícito, possa, eventualmente, confessar algo que não fez.

No mesmo azimuth, é o levantamento feito por Juliana Ferreira da Silva, publicado no sítio digital do IBCCRIM⁹:

“(...) Os estudos das falsas confissões no sistema de justiça criminal são mais abundantes em pesquisas norte-americanas do que brasileiras. Assim, será necessário primeiramente recorrer a dados e teorias relacionados ao sistema estadunidense de justiça criminal, com vistas à demonstração de um panorama do corpus teórico dedicado ao estudo da tipologia e dinâmica psíquica das falsas confissões. Tais estudos partem do questionamento sobre se e em quais condições

⁹ https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6331-O-plea-bargain-e-as-falsas-confissoes-uma-discussao-necessaria-no-sistema-de-justica-criminal. Acesso em 22 de maio de 2021.

uma pessoa pode confessar um crime que não cometeu. Por mais contraintuitivo que possa parecer, a falsa confissão de um crime é um fenômeno mais comum do que se imagina. Os dados do Innocence Project – Projeto fundado nos EUA, em 1992, por Peter Neufeld e Barry Scheck na Cardozo School of Law, dedicado à exoneração de condenações injustas e reforma do sistema de justiça criminal – demonstram que as falsas confissões estão presentes em aproximadamente um quarto dos casos de pessoas injustamente condenadas que tiveram suas condenações revogadas (KASSIN, 2008). Pode-se afirmar, portanto, que esse seja um fenômeno cujas proporções são ainda pouco conhecidas, mas que deva ser, dado ao que já se sabe, devidamente considerado enquanto importante elemento de risco de erros judiciários. (...)”

Não bastasse ter ficado evidenciada a inconstitucionalidade de tal medida, resta o questionamento acerca da sua prescindibilidade. Caracterizado como evidente relação extraprocessual, não há finalidade na obtenção da confissão, afinal não se aferirá culpa, dado que esta, só pode ser sopesada através do devido processo legal onde, apenas através de sentença penal condenatória, será um indivíduo considerado culpado.

Observa-se portanto, que o ANPP é importante instituto, mas que depende, para sua aplicação, de reformulação do ponto de vista da constitucionalidade dos pressupostos e requisitos.

Demais disso, discussões como o momento de oferecimento da benesse; se a escolha pela celebração é faculdade ministerial ou direito subjetivo do agente; a disponibilidade da ação penal, bem como a própria constitucionalidade dos requisitos, ainda não foram engendradas pelos Sodalícios superiores, estando ainda sujeitas, por exemplo, à ADI 6304¹⁰. Encontram, no entanto, respaldo doutrinário, como na obra de Renato Brasileiro¹¹, que, sobre a faculdade da celebração, aduz ser uma oportunidade ou discricionariedade regrada, entendimento encampado pela Recomendação Conjunta nº 01/2020-PGJ/CGMP.

05. AS PRÁTICAS RESTAURATIVAS COMO BUSCA PELA HARMONIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

A gênese de tal conceito pode ser extraído da própria ideia de Justiça Restaurativa e a que ela se destina. Objetivando alcançar a pacificação social através da confabulação e da integração, tais práticas evidenciam-se como verdadeiras ferramentas para alcançar a reparação dos danos, a responsabilização e a substituição de práticas deletérias que excluem e impedem a participação de todos os interessados.

O “Pacote Anticrime”, em larga escala, distanciou-se da Justiça Restaurativa, na medida em que os valores que o nortearam opõem-se diametralmente aos valores que norteiam a JR. Naquela novel legislação, restou patente a prioridade em punir o indivíduo, ainda que antecipadamente, com a assunção de culpa sem devido processo legal, enquanto que nesta,

¹⁰Supremo Tribunal Federal STF – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 0085234-60.2020.1.00.0000 DF 0085234-60.2020.1.00.0000

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2021

objetiva-se a responsabilização individual, a participação da vítima de maneira mais próxima e a busca pelo afastamento do dissenso de maneira espontânea.

Não obstante, o instituto trazido pela Lei nº 13.964/19 em seu artigo 28-A apresenta a oportunidade de utilização eficaz da restauração em nosso sistema Processual Penal, mormente se observado que ali, o sujeito passivo de determinada conduta delitiva poderá expor seu posicionamento e buscar o consenso.

Busca-se com tais práticas o distanciamento da Justiça Retributiva, voltada ainda hoje à aplicação do binômio da pena de maneira integral, em que se preza pela tentativa de evitar a delinquência dando ao apenado a devolutiva por sua conduta, bem como a prevenção de nova infração, seja pelo próprio indivíduo ou pela sociedade. Em tal sistemática, a vítima por vezes apenas é ferramenta de instrução processual, gerando provas para sustentação de um édito condenatório, enquanto que o autor é objeto do Direito e será por ele tutelado, não sendo compreendidas ou mesmo aventadas as razões pelas quais ali aportou a lide.

De forma ainda discreta, a JR vem sendo paulatinamente inserida em nosso sistema. A Organização das Nações Unidas (ONU) fez diversas recomendações aos Estados-Membros objetivando a implantação desta modalidade de solução de demandas, o que culminou na edição pelo CNJ da Resolução nº 225, bem como pela edição em conjunto com o Ministério da Justiça da Resolução nº 288. Tais diplomas cuidam, respectivamente, da Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e da estipulação, como política institucional do Poder Judiciário, a viabilização e o emprego de alternativas penais, quais sejam, aquelas acima individualizadas e caracterizadas, em adição às penas restritivas de direitos, *sursis* penal, conciliação, mediação, cautelares diversas da prisão, entre outras.

O ANPP oportuniza portanto, a migração da sistemática punitivista para a sistemática restaurativa, principalmente nas condições que preveem a reparação do dano e outra condição fixada pelo Ministério Público. Quanto a reparar o dano, observamos a necessidade de compreensão de que este se estende ao dano psicológico, moral e social gerado pela conduta, ocasião em que uma verdadeira harmonização da relação entre autor e vítima seria buscada. No que concerne a outra condição eventualmente imposta, esta apresenta-se como verdadeira porta à implementação da JR, ocasião em que Juiz, Ministério Público, vítima e autor buscariam atingir a verdadeira pacificação, sendo alijada a participação da vítima como mera expectadora que é comunicada da homologação do acordo.

A bem da verdade, a inovação sempre causa estranheza, devendo o operador do direito se atentar para que o instituto cumpra a finalidade geral a que se destina e não apenas a estrita, gerando verdadeiro esvaziamento das práticas em situações que, não raro, um serventuário da Justiça se limita à coleta de assinaturas para comprovação do cumprimento de determinada condição que livrou o autor do cárcere.

A evolução em nosso sistema penal será alcançada através da compreensão de que a mudança é necessária, de que a sociedade muda e com ela deve o Direito deve também passar pela metamorfose, afinal como ciência humana que é, a única garantia plena é a de que não há inércia e se ela não existe, os responsáveis pela transmutação, sendo aqueles que detêm a capacidade de promovê-la, têm também o dever.

07. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta patente que a concórdia tem arrematado cada vez mais apoiadores e conquistado terreno para sua aplicação. No que concerne ao ANPP, a *mens legis* foi a mitigação expressiva da contenda e do punitivismo, tencionando à Justiça que prioriza a colaboração.

Como cediço, já é possível evitar a posição retributiva tanto nos crimes de potencial lesivo maior, através de institutos como o consagrado pela Lei nº 12.850/13 (ORCRIM), qual seja, a colaboração premiada, caminhando pela média potencialidade ofensiva com o *sursis* processual e o ANPP e chegando aos delitos de pequena lesividade, com a transação penal.

Evidente é, portanto, que a mudança de perspectiva será a facilitadora da compreensão de que o Acordo de Não Persecução Penal possibilita uma verdadeira negociata processual, esta que, se bem executada, promoverá a seu tempo, a inserção em uma nova realidade que fomenta o consenso e afasta o odioso confronto.

Tantas quantas forem as mudanças, serão os desafios. Balizados nessa premissa, os operadores do Direito extrairão, de institutos já consagrados e também dos novos, a plenitude de seu potencial restaurativo. Por óbvio, as garantias individuais devem ser observadas e a lapidação das ferramentas, realizada diuturnamente para que nos afastemos de condições manifestamente ilegais, como o requisito da confissão no ANPP e nos aproximemos da harmonização pretendida pelo legislador enquanto aquele que porta a voz de uma sociedade tão carente de harmonia e pacificação das relações.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 13 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. In: EDITORA SARAIVA. Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, p. 676-686, 2005

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2021

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarange; GOMES, Luiz Flávio. Juizados Especiais Criminais. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45.

https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6331-O-plea-bargain-e-as-falsas-confissoes-uma-discussao-necessaria-no-sistema-de-justica-criminal. Acesso em 22 de maio de 2021.

Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n° 32, pp. 120-163, out./dez. 2000

LOPES JR. Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Revista Consultor Jurídico – CONJUR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em 20 mai. 2021

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2021

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal /. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002