

TÓPICOS (IN)COMUNS SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA APROXIMAÇÃO COM O PLEA BARGAIN NORTE-AMERICANO

MAURO MESSIAS¹

1. BREVE CONCEITUAÇÃO

O acordo de não persecução penal, instituído pela Lei Anticrime no artigo 28-A do Código de Processo Penal, consiste no ajuste, em procedimento que apure crimes de **média gravidade**, isto é, com **pena mínima inferior a quatro anos**^{2 3} (e.g. uso de documento falso, furto qualificado e embriaguez ao volante), entre o membro do Ministério Público (ou querelante⁴) e o investigado, no qual sejam pactuadas **condições** (e não **penas**), com a **obrigatória** homologação do acordo pelo **juiz das garantias** (artigo 3º-B, XVII, do CPP⁵).

O acordo busca **evitar** a propositura de uma

denúncia — por isso é incorreto oferecê-lo juntamente com esta (v.g. na cota ministerial) —, havendo, sempre, a participação da defesa técnica e, posteriormente, do membro do Poder Judiciário. O **adimplemento integral** do acordo por parte do investigado **evitará definitivamente** a propositura de ação penal, resultando na **extinção da punibilidade**⁶ do acordante (artigo 28-A, § 13, do CPP).

Descumprida **injustificadamente** a tratativa por parte do investigado, restará ao membro do Ministério Público **comunicar** tal fato ao Poder Judiciário, mediante requerimento de (1) **rescisão judicial** do acordo⁷, (2) intimação à **vítima** e (3) vista dos autos, para posterior **oferecimento de denúncia**.

1 *Master of Laws* (Universidade da Califórnia em Los Angeles, Estados Unidos), com período de trabalho no Ministério Público da Califórnia em Los Angeles. *Computer Science certificate program* (Universidade de Harvard, Estados Unidos). Autor de livros. Professor. Promotor de Justiça. Criador e programador do CogniJUS (www.cognijus.com), antigo “Sistema de Inteligência Artificial AppCrim”, premiado em 1º lugar pelo CNMP, em 2021. Redator pela CONAMP da petição inicial e de pedido liminar nas ADIs 6919/DF e 6305/DF, respectivamente, bem como de memoriais perante o STJ acerca do pedido de revisão da Súmula 231.

2 O artigo 28-A, *caput*, do Projeto Anticrime reduzia sobremaneira o universo de infrações penais passíveis de celebração de acordo de não persecução penal, o que era visto com preocupação, pois caminhava na contramão da ampliação dos espaços de consenso na Justiça criminal. O projeto permitia o acordo somente para infrações com pena máxima inferior a quatro anos.

3 O requisito do *quantum* da pena, previsto no artigo 28-A, *caput*, do CPP, possui alguma semelhança com o teor do artigo 44, I, do Código Penal, que admite a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito quando aquela for aplicada em medida não superior (ou seja, igual ou inferior) a quatro anos. Observe-se que a Lei Anticrime admite o acordo apenas para os delitos com pena mínima abstrata inferior a quatro anos, ao passo que o Código Penal permite a mencionada substituição quando a pena aplicada for igual ou inferior a quatro anos. Assim, enquanto a Lei Anticrime cuida da pena “abstrata” e “inferior” a quatro anos, o Código Penal versa a pena “em concreto” e “igual ou inferior” a quatro anos.

4 Tal como ocorre na transação penal (STJ, RHC n.º 102.381/BA), defendemos a possibilidade de o querelante oferecer acordo de não persecução penal. Tome-se o exemplo do crime de calúnia mediante paga (artigos 138 e 141, § 1º, do Código Penal), que se procede mediante queixa (artigo 145 do Código Penal). Todavia, como tais hipóteses são bastante incomuns, este artigo dará preferência à legitimidade ativa do Ministério Público, que alcança a esmagadora maioria dos casos passíveis de acordo de não persecução penal – inclusive aqueles poucos em que a vítima decide agir por inércia do *Parquet* (ação penal privada subsidiária da pública). Assim, as expressões “denúncia”, “ação penal pública” ou “Ministério Público”, majoritariamente utilizadas nesta obra, podem ser substituídas, respectivamente, por “queixa”, “ação penal privada” ou “querelante”, sempre que o caso admitir proposta de acordo de não persecução penal e o ofendido for legitimado ativo.

5 O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: [...] decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação.

6 Em que pese o teor do artigo 18, § 11, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, no sentido de que a evitação da denúncia ocorreria por ausência de interesse de agir do *Parquet*, a nova lei determinou que o cumprimento integral do acordo ensejasse a extinção da punibilidade do agente, à semelhança do que ocorre na transação penal e na suspensão condicional do processo. A verdade é que a Resolução n.º 181/2017 do CNMP não poderia ter disposto sobre causa extintiva da punibilidade, que é matéria penal, em razão da competência privativa da União para legislar sobre esse tema (artigo 22, I, da CRFB).

7 A necessidade de rescisão judicial do acordo também é uma novidade implementada pelo artigo 28-A do CPP, originada tanto do Projeto de Lei n.º 10.372/2018 (artigo 28-A, § 12) quanto do Projeto Anticrime (artigo 28-A, § 10).

Vale referir que o *nomen juris* dado ao novo instituto negocial causa alguma **estranheza**. Concordamos com Rodrigo Brandalise e Mauro Fonseca Andrade (2019, p. 236), para os quais há uma **contrariedade** entre a nomenclatura adotada, “não persecução penal”, e o fato de a persecução penal *lato sensu* já ter sido iniciada (investigação criminal em curso). A nosso ver, melhor seria a seguinte taxonomia: **acordo de não persecução em juízo**. Em consideração à (remota) hipótese de acordo de não persecução penal para evitar a propositura de queixa, não recomendamos a expressão “acordo de não denúnciação”.

Por fim, é demasiado importante destacar que o acordo de não persecução penal é uma espécie de **negociação**. Negociação é uma “comunicação de ida e volta”, concebida para que se chegue a uma avença quando os acordantes possuem tanto **interesses em comum** quanto **divergências** (Fisher; Ury; Patton, 2005, p. 15). A negociação, a justiça restaurativa, a mediação e a arbitragem formam as **quatro principais** ferramentas de resolução alternativa de disputas — RAD (*Alternative Dispute Resolution*, ou ADR), ou, segundo a taxonomia mais recente, **tratamento adequado do conflito**. Apenas as duas primeiras possuem reconhecida aplicação na área criminal brasileira, inclusive se entrecruzando, tanto que, segundo o enunciado n.º 10 da I Jornada de Direito e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal, “Recomenda-se a realização de práticas restaurativas nos acordos de não persecução penal, observada a principiologia das Resoluções n. 225 do CNJ e 118/2014 do CNMP”.

A literatura jurídica nacional está repleta de obras sobre ciências criminais, mas, infelizmente, ainda possui **pouco** material doutrinário acerca da aplicação, na seara criminal, de métodos de tratamento adequado do conflito, especialmente a **negociação**. Isso se deve, em grande parte, à formação do bacharel em Direito no país, que, historicamente, não recebeu o devido investimento nesse sentido. A tendência é que esse quadro mude significativamente. A Portaria n.º 1.351/2018 do Ministério da Educação homologou o Parecer n.º 635/2018 da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, que promoveu a revisão das diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito. Nos termos do referido ato regulamentar:

O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística, capacidade de análise, domínio de

conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, **além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos**, aliado a uma postura reflexiva e de visão crítica, que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do Direito, à prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania. (grifo meu.)

Conforme o ato normativo acima, “dentre o conjunto de competências e habilidades a serem desenvolvidas no processo de aprendizagem, espera-se, ao menos, [...] **desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflitos**”. Festeja-se essa postura porque vai ao encontro do propósito do **tratamento adequado do conflito**: a ampliação dos mecanismos de solução de disputas, diante da evidente **inefetividade** do sistema de justiça tradicional para resolver os diferentes tipos de conflitos.

2. CONFUSÃO COM O PLEA BARGAINING NORTE-AMERICANO

É preciso ponderar que, embora o *plea bargaining*⁸ norte-americano, tal como o acordo de não persecução penal, consista em um mecanismo de resolução pactuada de casos penais, o primeiro se dá sob a ameaça de sanção pelo Estado-Juiz, ao contrário do último, que confere primazia a não coercibilidade e busca evitar a deflagração de um processo-crime.

Por se tratar de oportunidade meramente extrajudicial, sem qualquer processo instaurado (não há sequer o oferecimento de denúncia), eventual **confissão** dos fatos pelo investigado não representa **assunção de culpa** (*guilty plea*), como se conduzisse o acordante ao recebimento de uma pena pelo juiz. Tanto isso é verdade que, se o investigado **descumprir** injustificadamente os termos pactuados no acordo de não persecução penal, a única **consequência** em seu desfavor será o ajuizamento de denúncia pelo membro do Ministério Público, sem a possibilidade de **execução** das condições acordadas — de forma semelhante, inclusive, ao que ocorre nos casos de descumprimento de transações penais, segundo a já citada Súmula Vinculante n.º 35.

⁸ A fim de evitar confusões terminológicas, cumpre expor os seguintes conceitos oferecidos por Ana Lara Camargo de Castro (2019, p. 39): *plea* é a declaração, prestada em juízo, de culpado (*guilty plea*), não culpado (*not guilty plea*) ou que não admite nem contesta a acusação (*nolo contendere*); *plea bargaining*, por sua vez, consiste no ato de negociação entre acusação e defesa para se chegar à resolução penal; por fim, *plea bargain* é a tratativa em si, o que ficou negociado entre os acordantes.

Portanto, o acordo de não persecução penal **não** deve ser confundido com a sistemática tradicional do *plea bargaining* norte-americano, dotada de inevitabilidade mediante uma sentença criminal.

Pari passu, é importante não confundir o acordo de não persecução penal com o *Non-Prosecution Agreement* (NPA) do *plea bargaining* norte-americano. NPA é um acordo de resolução extrajudicial (*pretrial diversion*) entre o governo norte-americano (geralmente, o Departamento de Justiça ou a Comissão de Valores Mobiliários) e entidades corporativas, sobretudo em crimes de colarinho branco (*white-collar crime*), que permite que o governo promova medidas ou obrigações administrativas contra a respectiva entidade (como multa, confissão dos fatos, renúncia à prescrição, mudanças institucionais e adoção de *compliance*), em troca do compromisso, por parte do governo, de abrir mão de futuras ações penais contra a companhia.

Embora a tradução literal do NPA, em língua portuguesa, seja equivalente a “acordo de não persecução”, o instituto norte-americano **difere** muitíssimo do acordo de não persecução penal, sendo, em verdade, semelhante a outra espécie de **acordo de não processar** existente no Brasil: o **acordo de leniência**, previsto nos já mencionados artigos 87 da Lei n.º 12.529/2011 e 16 da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013). Por isso causa estranheza o fato de René Ariel Dotti e Gustavo Scandelari (2019, p. 1) afirmarem que “a expressão ‘acordo de não persecução’ parece trazida da experiência norte-americana, por inspiração nos seus *deferred prosecution agreement* e *non-prosecution agreement*”.

Igualmente, peço vênia para discordar da afirmação de que o acordo de não persecução penal (inclusive a transação penal⁹ e a suspensão condicional do processo) é “assemelhado ao *plea of nolo contendere*” norte-americano (Brandalise; Andrade, 2019, p. 262). Ora, o *nolo contendere* estado-unidense, tal como o *guilty plea*, (1) **gera** condenação criminal, (2) **impõe** pena e (3) **pesa** como maus antecedentes — embora não produza efeitos na responsabilidade civil —, fatores absolutamente **distantes** do acordo de não persecução penal (assim como da transação penal e do *sursis* processual). Por isso, não concordo com a afirmação dos autores no sentido de que a “aceitação e cumprimento” do *nolo contendere* “não causam reflexos na culpabilidade” do imputado, pois faz aproximadamente cem anos que o *plea of nolo contendere* pode ter como consequência a imposição de uma **pena** (inclusive privativa de liberdade), segundo *Hudson v. United States* (1926).

3. PACTUM DE NON PETENDO OU ACORDO DE IMUNIDADE CONDICIONAL

Durante o correto cumprimento das condições avançadas e desde que elas sejam integralmente adimplidas, o Ministério Público **não** promoverá a ação penal pública. Tem-se um nítido *pactum de non petendo* ou acordo de imunidade condicional.

Pactum de non petendo significa **promessa de não processar** e, frise-se, não representa uma novidade no país. Veja-se a redação do artigo 26, 3, da Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n.º 5.015/2004:

Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de **conceder imunidade** a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção. (grifo meu)

Uníssono o artigo 37, 3, da Convenção de Mérida (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), incorporada em *terrae brasilis* via Decreto n.º 5.687/2006, *in verbis*:

Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a **concessão de imunidade judicial** a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. (grifo meu)

Não à toa, os dispositivos acima lembram o teor do artigo 4º, § 4º, da Lei n.º 12.850/2013, segundo o qual o Ministério Público poderá **deixar de oferecer denúncia** se a proposta de acordo de colaboração ou delação premiada envolver (1) infração de cuja existência o *Parquet* não tenha prévio conhecimento e (2) colaborador que não seja o líder da organização criminosa e seja o primeiro a prestar efetiva colaboração. Atualmente, até a **imunidade** à propositura de **medidas cautelares e assecuratórias** pode ser negociada em acordos de colaboração premiada (artigo 3º-B, § 3º, da Lei n.º 12.850/2013, com a redação dada pela Lei Anticrime).

9 Na verdade, há alguma semelhança entre o *nolo contendere* italiano e a figura da transação penal.

Embora as hipóteses mencionadas acima digam respeito à sistemática da colaboração premiada, bastante diferente do acordo de não persecução penal, sobretudo por ser um **meio de obtenção de prova**, é verdadeiro dizer que ambos os institutos podem funcionar como **promessas de não processar** ou **acordos de imunidade condicional**, pois o investigado/acordante não poderá ser processado criminalmente pelo Ministério Público **durante e após** o cumprimento das condições entabuladas.

4. BRADY MATERIAL E A SUPRESSÃO DE EVIDÊNCIA FAVORÁVEL AO IMPUTADO

Lembre-se que a proposta de acordo de não persecução penal é **incabível** nas hipóteses de **arquivamento** do inquérito policial ou do procedimento investigatório criminal (*opinio delicti* negativa), nos termos do artigo 28-A, *caput*, do CPP. Disso decorre que o membro do Ministério Público, antes de oferecer o acordo, deve examinar no procedimento investigativo a existência de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, vedada a **omissão** pelo *Parquet* de **evidência favorável ao investigado**, capaz de exonerar a responsabilidade penal deste¹⁰.

Com efeito, o membro do Ministério Público deve trazer ao procedimento investigativo elementos de informação que esclareçam os fatos, **quer favoráveis à acusação, quer à defesa**. A esse respeito, vide o teor do artigo 54, item 1, *a*, do Estatuto de Roma, também dotado de força normativa **supralegal**:

Funções e Poderes do Procurador em Matéria de Inquérito

1. O Procurador deverá:

a) A fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com o presente Estatuto e, para esse efeito, **investigar, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa**; (grifo meu).

Redação semelhante já havia sido adotada pelos itens 13, *b*, e 14 dos Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público, por ocasião do Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes:

13. No desempenho dos seus deveres, os magistrados do Ministério Público deverão:

[...]

b) Proteger o interesse público, atuar com objetividade, ter devidamente em conta a posição do suspeito e da vítima, e prestar atenção a todas as circunstâncias relevantes, **independentemente de [elas] serem favoráveis ou desfavoráveis ao suspeito**; (negrito)

[...]

14. Os magistrados do Ministério Público não deverão deduzir nem prosseguir uma acusação, ou farão todos os esforços para suspender o processo, **caso uma investigação imparcial demonstre que a acusação não tem fundamento**. (grifo meu.)

Portanto, ao analisar se determinado caso admite acordo de não persecução penal, o membro do Ministério Público, **independentemente de requerimento defensivo**, deve trazer ao procedimento investigativo elementos de informação que esclareçam os fatos, quer favoráveis à acusação, quer à defesa, vedada a **supressão** pelo órgão de persecução penal de evidência favorável ao imputado capaz de exonerar a responsabilidade deste.

5. RENÚNCIA DO INVESTIGADO A RECURSOS (E MEIOS AUTÔNOMOS DE IMPUGNAÇÃO) JÁ INTERPOSTOS

Segundo a experiência jurídica **norte-americana**, onde a resolução penal pactuada funciona de modo pujante, o direito ao recurso é **renunciável** (*waivable*), logo, pode ser objeto de acordos. Isso **não** significa,

¹⁰ A título ilustrativo: no caso norte-americano *Brady v. Maryland* (USA, 1963), a Suprema Corte assentou que viola o devido processo legal a supressão pelo órgão de persecução pena de evidência favorável ao imputado, capaz de exonerar a culpa deste ou diminuir a sua pena (*Brady material*).

Posteriormente, em *United States v. Agurs* (USA, 1976), a Suprema Corte decidiu existir um **dever de revelação de evidências** por parte do órgão de persecução penal, **independentemente de requerimento defensivo**, sempre que a sua omissão negar ao imputado o seu direito a um julgamento justo ou gerar dúvida razoável sobre a sua culpa.

contudo, que a renúncia ao direito de recorrer, por mais ampla que seja, elimine quaisquer possibilidades de interposição de recurso, conforme decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Garza v. Idaho* (USA, 2019). É que, embora o direito de recorrer possa ser **renunciado** (*waivable*), o direito de questionar, por exemplo, a **voluntariedade** de um acordo de admissão de culpa é **irrenunciável** (*nonwaivable*). Em outras palavras, mesmo a renúncia **genérica** ao direito ao recurso **não** impede que certos direitos constitucionais sejam defendidos recursalmente¹¹.

Por óbvio, as bases do direito estado-unidense são sobremaneira distintas da tradição jurídica brasileira, sendo incorreto transplantar para o Brasil, sem maiores cuidados, as categorias dogmáticas norte-americanas. Nada obstante, uma lição pode ser extraída: devemos analisar com muita cautela a validade da renúncia ao direito ao recurso (e meios autônomos de impugnação) operada de modo **genérico, indefinido** ou “às cegas”, isto é, a renúncia a impugnações **sequer interpostas**. Nem mesmo na sistemática do *plea bargaining*, em que tal cláusula é frequente, a renúncia ao direito de recorrer é **absoluta**.

Feito esse percurso inicial, cumpre lembrar que a Segunda Turma do STF, ao analisar o HC n.º 176.785/DF, decidiu que a pactuação de **transação penal** não enseja, necessariamente, a perda de objeto de *habeas corpus* anteriormente impetrado. No caso, o Ministro Edson Fachin salientou que a transação penal **não** fez qualquer **menção** ao *habeas corpus* impetrado, evidenciando, portanto, que, na visão do ministro, a renúncia ao *writ* poderia ter sido objeto da avença. No mesmo sentido, a Ministra Cármen Lúcia asseverou que os acordantes se silenciaram acerca do *habeas corpus* pendente de apreciação, restando incabível falar em uma espécie de **renúncia genérica** ao *writ*, pelo só fato de ter sido celebrada uma transação penal.

Portanto, em atenção ao precedente acima, que rejeita a **renúncia genérica a recursos (e meios autônomos de impugnação)**, defendemos que o acordo de não persecução penal somente pode contemplar a renúncia a recursos ou *writs* **já atravessados** pelo investigado, os quais devem ser devidamente individualizados pelos acordantes.

Por inadequação da via eleita, o STJ recentemente inadmitiu *habeas corpus* impetrado pela Defensoria

Pública, que alegava a incidência do princípio da insignificância em caso no qual ela própria havia celebrado acordo de não persecução penal (HC n.º 619.751/SP). Curiosamente, o *writ* foi impetrado **dois dias** depois da celebração da avença e pelo **mesmo** defensor público subscritor do acordo, o que levou o STJ a invocar o princípio geral do Direito *venire contra factum proprium* (vedação do comportamento contraditório).

Com a devida vênia, não se trata de aplicação do princípio geral do Direito que veda o comportamento contraditório. Como visto há pouco, se não houve a **renúncia** de que cuida o já mencionado HC n.º 176.785/DF, apreciado pelo STF, era **cabível** a impetração do *writ*, ainda que **dois dias** após a celebração do acordo e pelas mãos do mesmo defensor. O que houve, em verdade, foi um **grave erro técnico** por parte do membro da Defensoria Pública subscritor da avença e do *writ*, passível de responsabilização perante o órgão a que está vinculado funcionalmente. Ou o profissional não analisara minimamente os autos ao tempo da pactuação, o que o levou a notar tardiamente a suposta insignificância penal, ou agira com má-fé no momento do acordo. Seja como for, a alegação de incidência do princípio da insignificância deveria ter sido apreciada pelo Poder Judiciário.

6. NATUREZA JURÍDICA DA CONFISSÃO: CONDIÇÃO DE EVITAÇÃO DA DENÚNCIA — MAGNUS CONSENSUS

A proposta de acordo de não persecução penal somente pode ocorrer após a formação de **opinio delicti positiva** por parte do membro do Ministério Público, o que demonstra, pois, que o relato dos fatos pelo investigado e a sua confissão **não funcionam** como **início de prova** para denunciar. Ora, já há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria para **denunciar**, logo, **não** é este o papel desempenhado pela confissão. O propósito não é robustecer o material investigativo que acompanha a denúncia, pois **não se objetiva denunciar**, e sim **acordar**.

Observe-se também que a confissão em análise **não** representa **assunção de culpa**: **não** haverá processo, sentença criminal ou pena. Não se tem, aqui, um acordo de admissão de culpa que resulte na condenação

¹¹ No direito norte-americano, além da voluntariedade, ao menos outras quatro situações não são alcançadas pela renúncia a recurso: 1) a reclamação do imputado de que não recebeu efetiva assistência pelo seu defensor durante a negociação, como salientado em *Missouri v. Frye* (USA, 2012) e *United States v. Attar* (USA, 1994); 2) se o órgão de persecução “renunciar à renúncia” do imputado, isto é, liberá-lo da renúncia por ele firmada; 3) se o prosecutor incorrer em má conduta; e 4) se o Ministério Público violar os termos da avença. Alguns acordos também excluem do âmbito da renúncia a recurso as futuras mudanças na legislação que venham a beneficiar o imputado.

criminal do acordante, como ocorre na sistemática norte-americana do *plea bargaining*.

No acordo de não persecução penal, a única utilidade da confissão é demonstrar que *Parquet* e investigado **concordam** acerca dos fatos e sua autoria, **inexistindo**, assim, interesse na solução **beligerante** do caso via processo-crime. Entendemos a confissão, pois, como a **magnus consensus** entre os interessados, isto é, a máxima demonstração de que (1) a narrativa fática é **unânime**, ou seja, a mesma para ambos os interessados, e (2) o mecanismo escolhido por eles para a solução do caso penal é o **consensual**, e não o **belicoso**.

Portanto, no acordo de não persecução penal, a confissão serve para demonstrar a todos que aquele caso penal de **média gravidade** está “solucionado”. Tanto isso é verdade que, se investigado e *Parquet* **divergirem** sobre os fatos ou sua autoria, a única via possível para a solução do caso será a processual, como tradicionalmente ocorre. Tome-se o exemplo (1) da **confissão qualificada**, situação em que, embora o agente admita os fatos, o faz mediante **teses defensivas** (e.g. legítima defesa), (2) da **confissão parcial**, em que o investigado admite somente **parte** da imputação que pesa contra si, ou (3) da **confissão indireta**, na qual o sujeito confessa a prática de fatos **diversos** daqueles narrados na imputação. Nesses casos, naturalmente, a solução se dará via processo-crime.

A **confissão** em sede de acordo de não persecução penal serve apenas para provar o **máximo consenso possível** entre os interessados, tornando desnecessária a deflagração de uma ação penal. Com isso, parece correto afirmar que a confissão, no acordo de não persecução penal, possui a **natureza jurídica de condição de evitação da denúncia**, e não **início de prova**.

7. RENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO A REQUERIMENTOS CAUTELARES JÁ FORMULADOS

Raciocínio semelhante ao exposto no tópico anterior pode ser adotado quanto à possibilidade de renúncia do Ministério Público a **requerimentos cautelares já protocolizados**, por ocasião da celebração de acordo de não persecução penal. Considerando que um dos principais propósitos desse acordo é evitar a proliferação de demandas penais no interior do Judiciário, promovendo a pacificação social por meio da redução de litigiosidade, assim como reduzir os altos índices de encarceramento no país (seja provisório, seja definitivo), a **cláusula de imunidade a cautelares** (e.g. prisão preventiva) pode ser um excelente objeto de negociação, desde que devidamente ponderado no caso concreto.

Essa possibilidade fica ainda mais clara ao se analisar a novel **imunidade** à propositura de **medidas cautelares e assecuratórias** em sede de acordos de **colaboração premiada** (artigo 3º-B, § 3º, da Lei n.º 12.850/2013), recentemente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Anticrime. Se a **cláusula de imunidade a cautelares** é admitida em acordos de delação premiada, que combatem crimes mais graves, pode ela ser negociada em acordos de não persecução penal, pois *a maiori, ad minus* (quem pode o mais, pode o menos). Embora o artigo 28-A do CPP não preveja **expressamente** essa possibilidade de renúncia pelo Ministério Público, entendemos que, com apoio no artigo 4º da LINDB¹², o recurso da *analogia in bonam partem* pode ser aplicado ao tema em questão.

Por fim, recorda-se que, com o advento da Lei Anticrime, o magistrado não mais pode decretar cautelares de ofício¹³, o que traz ainda mais autonomia e poder de barganha ao Ministério Público ao negociar a **imunidade a cautelares** em sede de acordo de não persecução penal¹⁴.

8. ÜBERMASSVERBOT E UNTERMASSEVERBOT — WIN-WIN NEGOTIATIONS

As condições a serem pactuadas devem ser ajustadas de modo a **ressarcir adequadamente** a vítima e **recompôr suficientemente** o meio social, **vedando-se** a proteção jurídica **desproporcional**, isto é, aquela

¹² Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹³ Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente ou por representação da autoridade policial.

¹⁴ Embora o magistrado não mais possa decretar cautelares de ofício, uma vez havendo requerimento de qualquer cautelar por parte da autoridade policial ou do Ministério Público, pode o juiz decretar aquela que entender adequada, inclusive a mais grave delas, isto é, a prisão preventiva. Segundo o Supremo, muito embora o juiz não possa decretar a prisão de ofício, o julgador não está vinculado a pedido formulado pelo Ministério Público (HC n.º 203.208 AgR/MG). Tal entendimento deve ser levado em conta ao se pactuar acordos de imunidade a cautelares.

que se mostre excessiva (*übermassverbot*) ou carente (*untermassverbot*), sob pena de tornar **inconstitucional** a avença. Vale lembrar que o STF, “por mais de uma vez, invocou o princípio da proteção deficiente para declarar a inconstitucionalidade de normas que, de alguma forma, embaraçavam a proteção penal a interesses fundamentais previstos na Constituição” (ADC n.º 43/DF). Assim, faz-se necessário um especial zelo na negociação de condições, guardada a devida proporcionalidade entre o **prêmio** oferecido pelo Ministério Público e a **recomposição** prometida pelo investigado/acordante. Por exemplo, a celebração de acordo de não persecução penal em hipótese de crime contra a administração pública pode livrar o investigado/acordante de uma possível **sanção de inelegibilidade** (vide a Lei Complementar n.º 64/1990, conhecida como Lei da Ficha Limpa), o que exige deste uma **recomposição** equipolente ao benefício almejado.

Dessa forma, as condições avençadas devem produzir benefícios **proporcionais** para **ambos** os acordantes, mirando, sempre, a maior probabilidade de sucesso da avença. Nesse espírito, os acordos de não persecução penal devem assumir a feição de **acordos integrativos**, isto é, do tipo *win-win* (“ganha-ganha”). Segundo a definição do Programa de Negociação de Harvard, *win-win negotiations* são aquelas nas quais cada um dos interessados deixa a mesa de negociações tendo atingido seus objetivos dentro de uma **negociação integrativa**, ou seja, de criação de valor para ambos, em vez de um processo ganancioso ou avarento, típico da **negociação distributiva**¹⁵.

Contudo, as pessoas se encontram mais acostumadas à **negociação distributiva**, pois “ainda se vive sob um paradigma de ‘ganha-perde’, em que o ganho por uma das partes é enxergado como a perda necessária para a outra”, como observa Danielle Arlé (2017, p. 158). Ora, acordos de não persecução penal praticados mediante **negociação distributiva** gerarão ou a percepção de excesso por parte do Ministério Público (*übermassverbot*) ou o sentimento de insuficiência da resposta estatal (*untermassverbot*). Por isso, insistimos: o acordo de não persecução penal deve ser do tipo **win-win**, ou seja, **integrativo**.

REFERÊNCIAS

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. **Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva; ANDRADE,

Mauro Fonseca. Resolução nº 181 do CNMP – artigo 18. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; FISCHER, Douglas (org.). **Investigação criminal pelo Ministério Público**: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Plea bargain**: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o *plea bargain* brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 317, 2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6312-Acordos-de-nao-persecucao-e-de-aplicacao-imediata-de-pena-o-plea-bargain-brasileiro. Acesso em: set. 2019.

USA. US Court of Appeals for the Fourth Circuit. **United States v. Attar**. Justia: Richmond, 1994. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/38/727/635735/>. Acesso em: mar. 2020.

USA. US Supreme Court. **Brady v. Maryland**. Justia: Washington, 1963. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/>. Acesso em: abr. 2019.

USA. US Supreme Court. **Garza v. Idaho**. Justia: Washington, 2019. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/586/17-1026/>. Acesso em: fev. 2020.

USA. US Supreme Court. **Hudson v. United States**. Justia: Washington, 1926. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/272/451/>. Acesso em: mar. 2020.

USA. US Supreme Court. **Missouri v. Frye**. Justia: Washington, 2012. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/134/>. Acesso em: mar. 2020.

USA. US Supreme Court. **United States v. Agurs**. Justia: Washington, 1976. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/427/97/>. Acesso em: mar. 2020.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: a negociação de acordos sem concessões. Tradução Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

¹⁵ Conferir o blog *Daily Blog – Harvard Program of Negotiation*. Disponível em: <https://www.pon.harvard.edu/category/daily/win-win-daily/>. Acesso em fev. 2020.