

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO E SOLUÇÕES NEGOCIADAS: A URGÊNCIA DA VÍTIMA

ANTONIO HENRIQUE GRACIANO SUXBERGER

Doutor e Mestre em Direito. Pós-doutor. Professor titular do programa de mestrado e doutorado em Direito do CEUB e da Fundação Escola Superior do MPDFT. Promotor de Justiça no Distrito Federal.
E-mail: antonio.suxberger@ceub.edu.br

1. Consideração inicial

O acordo de não persecução penal (ANPP) foi formalizado no Direito brasileiro em 2017 por meio da Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público.¹ Como ato infralegal, a Resolução trazia uma regulamentação da discricionariedade persecutória, isto é, o espaço de decisão do Ministério Público para promover a ação penal. Trata-se, então, de uma alternativa *institucional* para a judicialização de casos penais.

Na sua feição de instituto regulamentar, o ANPP consistia num acordo jurídico-processual celebrado entre o Ministério Público e o investigado, com a entabulação de equivalentes funcionais da pena. Esse conteúdo do acordo – os equivalentes funcionais da pena – foram apresentados como medidas cuja dosimetria e formalização se assemelham a penas alternativas, mas cuja natureza, por conta da ausência do caráter impositivo (mandatório, compulsório, sancionatório) e do juízo de culpa, não traziam a pecha de pena no seu sentido jurídico-legal.

Dado seu caráter regulamentar, o ANPP trazia a consequência de arquivamento da investigação – em lugar da mandatória oferta da ação penal.

Em 2019, por meio da Lei n. 13.964, o ANPP é previsto em lei. Como tal, a consequência jurídica de sua formalização se modifica: em lugar do arquivamento da investigação pela ausência de interesse no aforamento do caso penal, o ANPP homologado e cumprido passou a ensejar a extinção da punibilidade do fato noticiado.

1. BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Texto original. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2024.

O instituto, então, migra da regulamentação da discricionariedade persecutória para o campo das medidas despenalizadores com natureza de Direito Penal material. O ANPP ainda é objeto de algumas controvérsias jurídicas, mas muitas delas já assentadas tanto pelo comportamento das instituições do sistema de justiça criminal quanto pela jurisprudência. Por isso, sem pretensão de completude, vale revisitar alguns pontos já assentados.

2. Visão geral do instituto

Com os contornos legais do instituto, é possível indicar a seguinte conformação do ANPP. Essa apresentação a seguir orienta-se por seu sentido prático e, por isso guarda linearidade temporal. Os pressupostos são aqueles elementos fáticos que antecedem a incidência do próprio instituto. Os requisitos, por sua vez, são aferidos com atualidade em relação ao instituto – é por isso que sua aferição alcança até o momento de homologação do acordo. Já as condições são o próprio conteúdo do acordo: atendida a dosimetria legal, a eleição dos equivalentes funcionais da pena pode ser bem aquilatada pelas partes a partir dos parâmetros de quantificação da alternativa (como estabelecem os arts. 45 a 48 do Código Penal).²

Os pressupostos podem ser apresentados assim: 1) O caso autoriza o ajuizamento de denúncia? Em caso de resposta afirmativa, convém que a proposta de ANPP já traga a descrição do fato e suas circunstâncias, como aliás preceitua o art. 41 do CPP para a própria ação penal. 2) A pena mínima prevista para o crime noticiado é inferior a 4 anos de reclusão – consideradas as causas de aumento e diminuição da pena? 3) A infração noticiada não é crime de menor potencial ofensivo, pois, em caso positivo, tem-se a possibilidade de avarer transação penal. Transação penal e ANPP são institutos impossíveis: um ou outro, não há como considerá-los sucessivamente. 4) A infração penal noticiada não é crime hediondo ou equiparado, pois esse tipo de infração penal atrai enunciados de fixação de pena privativa de liberdade com recolhimento à prisão. 5) O fato noticiado não é resultante de violência doméstica e familiar (independentemente do gênero da vítima) tampouco é resultante de crime contra a mulher por razões da condição

de sexo feminino. 6) O investigado, para acordar, confessa o fato noticiado.

São requisitos para incidência do instituto: 1) O investigado não pode ser reincidente nem ostentar elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional. Os fatos criminosos anteriores podem ser desconsiderados, se reputados insignificantes em face da infração penal ora noticiada. 2) O investigado não pode ter se beneficiado de ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração. O prazo desse período é contado retroativamente do fato criminoso noticiado em relação à homologação dos acordos anteriores. 3) É possível afastar o ANPP se o acordo não se mostrar necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime noticiado.

Já as condições são, além da primazia de reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, a eleição dos seguintes equivalentes funcionais da pena: prestação pecuniária; prestação de serviços à comunidade (cujo quantum deve observar redutor de um a dois terços); renúncia voluntária a bens e direitos indicados como instrumentos, produto ou proveito do crime; outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com o crime noticiado.

O instituto retroage para alcançar fatos praticados anteriormente à vigência da Lei nº 13.964, pois materializa efeito penal benéfico ao investigado (extinção da punibilidade). No entanto, em referência à fase processual dos feitos em curso e dada a sua natureza de medida que evita o aforamento da ação penal, afasta-se da natureza do ANPP a compreensão de que o instituto tenha lugar quando já reconhecida a culpa do acusado por sentença. Além disso, após quase um quinquênio de vigência do instituto, parece evidente o ônus (e não dever) da parte em pleitear expressamente o instituto, para que sobre ele diga fundamentadamente o titular da ação penal, inclusive para ensejar eventual revisão de recusa infundada (§ 14 do art. 28-A do CPP). É ônus, pois a arguição interessa à parte que pretende beneficiar-se do instituto. Não é dever porque, silentes as partes sobre sua incidência ou não na espécie, não

2. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias; DIAS, Danilo Pinheiro. Discricionariedade persecutória no ANPP: afinal, o que se negocia? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 50, p. 183–202, 2022.

se vislumbra nisso qualquer vício processual.

O ANPP, então, como ocorre com a transação penal, formaliza um instituto que nos permite refletir por quais razões um caso penal deva ser aforado como processo. Indagar sobre essas razões — por que um caso deve ser judicializado e quando esse mesmo caso pode ser objeto de uma alternativa de consenso entre as partes para evitar a resposta formalizada do Estado (pena)? — pode ser tarefa das mais complicadas. Porém, essa “resposta” já se encontra formalizada ao menos desde 1990, quando as Nações Unidas aprovaram o documento que ficou conhecido como “Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade”.³

Ali consta que é possível evitar uma ação penal quando se verificar que “(...) não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas.”⁴ A evitação dessa necessidade, na literatura internacional, é chamada de *diversion*. Essa figura, que pode guardar ou não consensualidade, não se confunde com a figura de *plea bargain*, onde o investigado ou acusado negocia a maneira pela qual ele se apresenta da diante da imputação deduzida contra si. Como consequência dessa barganha, quando a celebra para se afirmar “culpado”, o investigado ou acusado é, de fato, condenado criminalmente, com imposição de pena (ainda que menos gravosa).

No Brasil, rigorosamente, não temos figura de *plea bargain*: afinal, não há figura de justiça negociada criminal no Brasil que abrevie o processo, para que a condenação criminal decorra do acordo celebrado. Temos, sim, figuras de barganha (para prestigiar a expressão), mas essa barganha não é da *plea* (declaração perante o juízo em face da imputação criminal deduzida). A barganha se dá para evitar a ação penal. Ou, no caso da suspensão condicional do processo, para evitar o próprio processo já instaurado (o *full trial*, que ora traduzo como integral trâmite *probatório* do processo para decisão de mérito).

Desse modo, as figuras de justiça penal consensual presentes no Direito brasileiro claramente dão maior prestígio às figuras de *diversion*, materializadas no acordo de não persecução penal e na transação penal (esta última, cogitável aos crimes de menor potencial ofensivo).

Do conjunto de possibilidades presentes para a justiça consensual, cuidamos timidamente da barganha. Nosso sistema de justiça, a modelagem institucional do sistema de justiça criminal e a nossa cultura processual é de reduzida discricionariedade persecutória. Na experiência internacional, países de discricionariedade persecutória alargada (*prosecutorial discretion*), como os de tradição do *common law*, observam a oportunidade como critério decisório para o ajuizamento da ação penal. Além disso, dispõem de ampla disponibilidade da ação, podendo retirar acusações - inclusive para aforá-las, se o caso, de maneira mais embasada. Entre nós, a possibilidade decisória para manejo da ação penal é reduzida e há vedação legal expressa de disponibilidade da ação penal já aforada (art. 42 do CPP).

Ao proferir sentença, nossa moldura legal para aplicação da pena, a partir de preceitos sancionatórios previamente estabelecidos e *tipos de pena* igualmente estabelecidos, há pouca margem para promoção de consensualidade e métodos autocompositivos de resposta ao conflito. As já mencionadas Regras de Tóquio, quando mencionam as disposições de julgamento, afirmam que o juiz deve ter à sua disposição medidas não privativas de liberdade, a serem aplicadas com atenção à proteção da sociedade e ao interesse da vítima, “que deverá ser consultada sempre que apropriado”.⁵

Há pontos, então, a se construir para otimizar espaços de consenso na justiça penal?

3. Novos espaços de consenso?

A expansão da justiça penal negociada atende aos reclamos de uma justiça penal célere, efetiva e que traga resposta aos fatos criminosos devidamente apurados e noticiados ao

3. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade*. Brasília: CNJ, 2016. (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2024.

4. Item 5.1 das Regras de Tóquio.

5. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade*, art. 8.1.

sistema de justiça. Essa consideração já é anotada no plano internacional há pelo menos quatro décadas⁶ e está longe de implementar algum tipo de leniência ou resposta insuficiente ao fenômeno da criminalidade. Antes, ao contrário: há uma premissa inafastável na consideração de soluções consensuais na justiça criminal.

A atenção à vítima é tema que simultaneamente guarda urgência e novidade. A urgência deriva do fato de que as alternativas institucionais e políticas apresentadas aos graves problemas do sistema de justiça criminal brasileiro pouco tem se dirigido à vítima. A novidade consiste no fato de que só é possível avançar na desjudicialização de casos penais e na construção de respostas mais céleres no sistema de justiça quando se traz a vítima para posição de destaque da atuação do Estado.

A vítima deve ser compreendida como destinatária da ação pública. Isso significa assegurar primazia tanto nos serviços de acolhimento, atenção e satisfação da vítima, como igualmente compreender que a resposta afiativa formalizada pelo Estado (seja por meio da pena que deriva da culpa, seja por meio dos equivalentes funcionais da pena que derivam de medidas alternativas ao processo) *rende contas* à vítima do crime.

Não se trata de atender, por meio da pena, à pretensão da vítima dirigida ao infrator. A questão penal é uma questão de

Estado e isso assegura a resposta de impessoalidade e proporcionalidade das sanções atribuídas a fatos criminosos e impostas ao infrator. Mas, por outro lado, a confiabilidade do processo de construção dessa resposta evidentemente atende – como todo serviço do Estado – ao controle social. Mais que o controle dessa resposta, a consideração da vítima como destinatária da ação do Estado fixa-a como critério inclusive de como o Estado exterioriza esse tipo de resposta.

Por isso, na consideração dos pressupostos do ANPP, deve-se ter em conta aquilo que em maior ou menor medida se dirige à consideração da vítima na eleição do caso hábil à resposta alternativa. Na aferição dos requisitos, interessa sobremaneira a prevenção de novos comportamentos dirigidos à vítima. Na construção das condições, a satisfação dos danos experimentados, ainda que por compensação no caso de danos imateriais, exsurge como métrica a ser considerada na qualidade e quantidade da resposta avençada.

Essa consideração de urgência da mais antiga novidade do sistema de justiça criminal – a vítima - parece figurar como o próprio sentido das soluções consensuais na justiça criminais. Afinal, a consideração da vítima materializa a reapropriação do conflito pela própria vítima e a construção de uma semântica que aproxima a justiça da razão que a legitima como resposta formal do Estado.

Referências

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade*. Brasília: CNJ, 2016. (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Texto original. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2024.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Desjudicialização e alternativas em casos penais: lições do Conselho da Europa ao processo penal brasileiro. In: GADELHA, Graziella Maria Deprá Bittencourt (Org.). *Ministério Público e Justiça Multiportas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023, p. 69–88.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias; DIAS, Danilo Pinheiro. Discrecionalidade persecutória no ANPP: afinal, o que se negocia? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 50, p. 183–202, 2022.

6. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Desjudicialização e alternativas em casos penais: lições do Conselho da Europa ao processo penal brasileiro. In: GADELHA, Graziella Maria Deprá Bittencourt (Org.). *Ministério Público e Justiça Multiportas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023, p. 69–88.