

VOTO:

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Os pontos submetidos à deliberação quanto ao Acordo de Não Persecução Penal [ANPP] são os seguintes:

[a1] O ANPP pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da Lei 13.964/2019? [a2] Qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP? [a3] É possível a sua aplicação retroativa em benefício ao imputado?

[b] É potencialmente cabível o oferecimento do ANPP mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo?

Antes de responder aos questionamentos, destaco 3 [três] pontos relevantes:

O **primeiro** é o recente julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade relacionadas ao Pacote Anticrime [6298, 6299, 6300 e 6305], em que a Corte declarou, por unanimidade, a constitucionalidade dos arts. 28-A, *caput*, incisos III, IV e §§ 5º, 7º e 8º do CPP, introduzidos pela Lei 13964/2019. Logo, superada a discussão quanto à conformidade do instituto à Constituição Federal.

O **segundo** é o recente [setembro/2023] “Levantamento Nacional da Aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no Brasil”, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça [CNJ], sob a Presidência da Ministra ROSA WEBER e coordenado pelo Juiz Luís Geraldo SantAna Lanfredi, no qual se realizou importante diagnóstico da incidência concreta do instituto e, também dos principais desafios à implementação do ANPP. Destaco da conclusão os principais pontos:

“a) Em relação aos acordos de não persecução penal e as alternativas penais:

“- É recomendável fomentar arranjos institucionais entre os poderes Judiciário e Executivo para o fortalecimento das Centrais de Alternativas Penais e a sua utilização para o acompanhamento dos ANPP, fortalecendo as políticas locais de alternativas penais;

“- É interessante pensar um apoio das CIAP previamente aos acordos para se mapear as circunstâncias pessoais dos autores e autoras de fato, a fim de se pensar medidas adequadas a cada caso;

“- É importante proporcionar cursos de formação sobre os acordos de não persecução penal, a fim de se ter espaços para discutir a medida como inovação no âmbito das alternativas penais e ajudar na

articulação com os espaços institucionais já existentes nos tribunais nesta área;

“- Considerando a utilização frequente da medida de prestação pecuniária, é relevante pensar sobre regras uniformes que versem sobre o destino desses valores, garantindo transparência e isonomia na utilização deles.

“- Estabelecimento de parâmetros nacionais sobre a destinação da prestação pecuniária, conforme pontos abordados no capítulo 3.3.9 deste levantamento.

“b) Em relação ao rito e ao controle de legalidade e voluntariedade dos acordos:

“- Recomenda-se o aprimoramento do regime legal das negociações entre as partes, por exemplo, a partir do estabelecimento de critérios para as condições a serem acordadas e a necessidade de gravação audiovisual dos atos de negociação;

“- O controle judicial sobre o acordo deve ser fortalecido e padronizado, de modo a reduzir os riscos de abusos, por exemplo, a partir da redação de instruções e diretrizes para a realização da audiência de homologação e da decisão judicial sobre a proposta;

“- Sugere-se que o Judiciário brasileiro, especialmente os tribunais superiores, priorizem a formação de precedentes relacionados aos pontos de maior debate e insegurança em relação aos acordos penais, especialmente o ANPP, como:

“- retroatividade da norma e cabimento nos processos em curso quando do surgimento da Lei nº 13.964/2019;

“- efetividade da defesa técnica e informação devida ao imputado para tomada da decisão voluntária;

“- controle judicial sobre o acordo formalizado pelas partes e critérios mínimos de análise p. ex., existência de elementos suficientes (justa causa, aparência de ilicitude e punibilidade potencial), não extinção etc.;

“- os limites de utilização da confissão realizada pelo autor do fato como requisito do ANPP em caso de rescisão do acordo ou em outros processos.

“- É importante a tomada de medidas para ampliar a assistência oferecida pelas defensorias públicas, de modo a assegurar a efetividade da defesa técnica na realização dos acordos penais;

“- Não é recomendável a realização de acordos de não persecução penal em audiências de custódia, dado o momento de fragilidade em que se encontra a pessoa presa e a fragilidade do suporte fático existente ainda naquele momento;

“- Podem ser delineadas diretrizes para a realização de audiências de homologação por videoconferência;

“- É preciso pensar a adequação das medidas aplicadas aos casos concretos, evitando-se a adoção de medidas que sejam impossíveis de

cumprir ou que onerem diferentemente autores de fato homens e mulheres, evitando-se a reprodução de desigualdades de gênero.

“ c) Em relação às vítimas e à justiça restaurativa:

“- É fundamental pensar protocolos de consulta e comunicação às vítimas em caso de crimes que envolvem vítimas diretas, a fim de se mensurar o impacto dos crimes e o possível valor de reparações, bem como eventual encaminhamento dos casos a programas de justiça restaurativa;

“- É possível fomentar a formação em práticas restaurativas pelos tribunais locais a fim de pensar as potencialidades dessa metodologia nos casos que envolvem acordos de não persecução penal; - É importante construir diretrizes para a utilização de práticas restaurativas em acordos de não persecução penal;

[Fonte: Um levantamento nacional da aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no Brasil fortalecendo vias para as alternativas penais [recurso eletrônico]: um levantamento nacional da aplicação do Acordo de não Persecução Penal no Brasil / Conselho Nacional de Justiça ... [et al.]; coordenação de Luís Geraldo SantAna Lanfredi ... [et al.]. Brasília : Conselho Nacional de Justiça, 2023, p. 162-163].

Nesse contexto que desde 2019 as controvérsias quanto à natureza, incidência, efeitos e fronteiras do Acordo de Não Persecução Penal [ANPP] consomem recursos públicos em julgamentos repetitivos, contraditórios, incoerentes e inconsistentes, além de rivalizarem com outros temas também importantes, com prejuízo à eficiência e à eficácia do funcionamento da Justiça Penal.

A intervenção do Supremo Tribunal Federal, neste momento, deve levar em consideração os bons argumentos apresentados pelo Conselho Nacional da Justiça, doutrina e julgamentos antecedentes, com a definição da orientação vinculante a ser seguida daqui em diante.

Ao mesmo tempo que a pluralidade de julgamentos conferiu a possibilidade de análise dos melhores argumentos, também promoveu injustiças e tratamentos não isonômicos a arguidos em situações equivalentes. Por isso, seguirei a diretriz de especificar, na maior extensão possível, as hipóteses decorrentes dos pontos deliberados, evitando a renovação de questões antecedentes, concorrentes ou subsequentes cobertos pela *ratio decidendi*.

A otimização dos julgamentos, com a especificação das hipóteses de incidência e o suporte fático necessário, tenderá à redução da ambiguidade quanto à interpretação e à aplicação do direito se inscreve no dever de *compliance* jurisdicional, isto é, de conformidade democrática.

O **terceiro** ponto é a consolidação da posição unânime da Segunda Turma nos autos do AgReg. no ARE 1412424, julgado no Plenário Virtual entre 25/08/2023 a 01/09/2023:

“Agravamento regimental no recurso extraordinário com agravamento.

“2. Direito Constitucional, Penal e Processual Penal.

“3. Acordo de Não Persecução Penal ANPP.

“4. O art. 28-A do Código de Processo Penal, redação da Lei 13.964/2019, congrega normas tanto processuais quanto materiais, justificando a classificação como norma de natureza híbrida. Em sendo norma de caráter híbrido, com perspectiva material, impõe-se a incidência retroativa em observância à regra do art. 5º, XL, da Constituição Federal, *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*.

“5. A incidência retrospectiva, entretanto, não se confunde com a existência de direito subjetivo ao benefício e sim à negativa motivada e fundamentada, sob controle jurisdicional quanto à validade dos argumentos, além de condicionar-se à observância da boa-fé objetiva dos envolvidos quanto à oferta.

“6. Especificamente quanto à confissão, é inválida a negativa do ANPP por ter o investigado exercido regularmente direitos na Etapa de Investigação Criminal. Exaurida da Etapa de Investigação Criminal, rejeitada a hipótese de arquivamento, somente então surge a análise dos requisitos e condições do ANPP. O fato de o investigado ter confessado ou não a conduta apurada é independente da instauração da Etapa da Justiça Negocial, na qual a exigência é de confissão circunstancial.

“7. A partir das premissas estabelecidas, com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, em 23.1.2020, a análise do cabimento do ANPP se refere exclusivamente à satisfação dos requisitos objetivos, independentemente da confissão do investigado na Etapa de Investigação Criminal, desde que uma das partes tenha formulado o pedido de análise do ANPP na primeira oportunidade de intervenção nos autos após a data de vigência do art. 28-A do CPP, sob pena de estabilização da controvérsia por meio dos efeitos preclusivos do comportamento omissivo, em observância da boa-fé objetiva e do princípio da cooperação processual. Os termos do acordo dependem da análise das circunstâncias do caso penal.

“8. No caso concreto, o pedido de aplicação do Acordo de Não Persecução Penal [ANPP] pela defesa se deu na primeira oportunidade de manifestar-se nos autos após a entrada em vigor do citado art. 28-A do CPP.

“9. Matéria de irrefutável índole constitucional. Não incidência da Súmula 283/STF. 10. Agravamento regimental não provido”.

A tendência do Processo Penal contemporâneo orienta-se à abertura de espaços de consenso, com a atribuição de direitos e poderes negociais [disponibilidade regrada e circunstancial da ação penal] aos legitimados [ativo e passivo], a partir do reconhecimento do interesse público subjacente relacionado à gestão eficiente da atividade jurisdicional, à redução do tempo de resposta estatal e à satisfação dos interesses patrimoniais dos prejudicados [vítimas ou ofendidos]. [FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Acordos sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de Direito ou um novo princípio?** Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011; MASI, Carlos Velho. **O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo**. Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. 26^a ed. p. 265; COSTA, Eduardo Maia. **Princípio da oportunidade: muitos vícios, poucas virtudes**. Revista do Ministério Público de Lisboa, v. 22, n. 85, p. 37-49, Lisboa, jan-mar., 2001; GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. Belo Horizonte: DPlácido, 2020; DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Júnior; ROSA, Luísa Walter. **Justiça Penal Negociada: Teoria e Prática**. Florianópolis: EMais, 2022; ARAUJO, Juliana Moyzés Nepomuceno. **Acordo de Não Persecução Penal: instrumento de concretização do Processo Penal Resolutivo e Eficiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022].

Diante da transposição de institutos de tradições diversas [*civil law* e *common law*], o esforço da doutrina e da jurisprudência é o de proceder ao ajuste contextual, consoante aponta Mario Losano [**Os Grandes Sistemas Jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 345]:

“O *Common Law* anglo-americano e o direito europeu continental, que agora regem a maioria da população mundial, tendem a se aproximar: o *Common Law* está passando por uma extensão dos statutes e das consolidations em detrimento do puro *judge made law*”.

O desfecho de mérito do caso penal, por decisão judicial de cognição exauriente [sentença ou acórdão], depende da alocação de recursos públicos escassos [orçamentários, financeiros, cognitivos, probatórios, dentre outros], direcionados à manutenção da estrutura [física; humana etc.] e dos procedimentos necessários à atribuição de responsabilidade penal que, associada à rivalidade com outros casos penais em aberto e, também, a postergação da definição da situação jurídica dos envolvidos, impulsiona a

abertura negocial que atende ao escopo gerencial do Sistema Penal, principalmente diante das tendências recrudescedoras de Política Criminal [SCHÜNEMANN, Bernd. **¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del proceso penal norte-americano en el mundo?** In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio** . Madrid: Tecnos, 2002, p. 288-302].

Embora as críticas quanto aos pressupostos da Análise Econômica do Direito [AED], a Justiça Negocial integra-se ao modelo de gestão eficiente da Justiça Penal, a partir da lógica da eficiência [meios e não fins, quer em Pareto ou Kaldor-Hicks], reconhecido inclusive como princípio constitucional [CF, art. 37, *caput*], para o fim de reduzir os Custos de Transação, o tempo de entrega da prestação jurisdicional e a otimização da estrutura estatal necessária à atribuição de responsabilidade penal, com os riscos inerentes à exposição aos erros de atribuição: falsos positivos ou negativos. [POSNER, Richard A. **Economic analysis of law** . New York: Aspen, 2010; MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito** . Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015; BECKER, Gary. **Crime and punishment: an economic approach**. In: **Journal of political economy: Essays in the economics of crime and punishment** . National Bureau of Economic Research, 2001; MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a Law & Economics** . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; SALAMA, Bruno Meyerhof. **O fim da responsabilidade limitada no Brasil** . São Paulo: Malheiros, 2014; TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direito e economia no Brasil** . São Paulo: Atlas, 2011; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito - Uma introdução** . Belo Horizonte: Fórum, 2011; GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores** . Rio de Janeiro, 2005; GICO JÚNIOR, Ivo. **Introdução ao direito e economia** . In: TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2011; ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações** . Rio de Janeiro: Elsevier, 2005; FRANCA, Phillip Gil. **Breves reflexões sobre o direito, a economia e a atividade regulatória do Estado** . Revista Zenite de Direito Administrativo e LRF, Curitiba, ano 4, n. 71, jun. 2007; HEINEN, Luana Renostro. **A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica** . (www.publicadireito.com.br); CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil** . Florianópolis: IBRADD. CESUSC, 2001; POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces** . Trad. Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011; MARCELLINO JR,

Julio Cesar. **Análise Econômica do Acesso à Justiça: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico** . Florianópolis: EMais, 2018; COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia** . Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010; PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Econômica da Litigância** . Coimbra: Almedina, 2005; STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. **Análise econômica do direito. Uma inovadora teoria geral do direito** . In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (coord.). **Direito Econômico: evolução e institutos** . Rio de Janeiro: Forense, 2009; GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Eficiência e direito: pecado ou virtude: uma incursão pela análise econômica do direito** . Revista Jurídica (FIC), v. 28, p. 77-122, 2012].

A Justiça Negocial aproxima-se da racionalidade econômica [ROTH, Alvin. **Como funcionam os mercados** . Trad. Isa Mara Lando e Mauro Lando. São Paulo: Portofolio-Penguin, 2016, p. 14], ao descrever e otimizar a alocação eficiente de recursos públicos escassos por meio da combinação de interesses entre os negociadores [legitimados ativo e passivo], tendo-se em vista a disponibilidade negocial de direitos devidamente atribuídos [Teorema de Coase: pena e direitos, nos limites da Economia da Confiança; SHAPIRO, Scott J. **Legalidad** . Madrid: Marcial Pons, 2014]. Em consequência, o suporte teórico da Justiça Negocial Penal assume, na linha do Teorema de Coase [COASE, Ronald Harry. **The firm, the Market, and the law** . Chicago: The University of Chicago Press, 1990], o pressuposto de que o estabelecimento de espécie de Mercado Judicial Penal, por meio da redução dos Custos de Transação, a partir da atribuição de direitos, poderes, privilégios, deveres, ônus e procedimentos aptos à negociação entre agentes capazes, submetidos ao controle jurisdicional subsequente, promove a eficiência do Sistema Penal.

Parte-se da premissa de que quanto menor a ambiguidade normativa e maior a observância pelo Poder Judiciário [*enforcement*], segundo o modelo do Mercado Judicial Penal, melhores seriam os indicadores de eficiência do Sistema Penal. Em consequência, a atribuição expressa de direitos e poderes quanto ao objeto, direitos, privilégios, ônus, poderes e espaço negocial, com a especificação dos termos e condições válidos e aceitos para fins de barganha, favoreceria o estabelecimento de ambientes propícios à negociação, operacionalizadas por meio de combinações voluntárias [*matching*] que, conforme Alvin Roth [**Como funcionam os mercados** . Trad. Isa Mara Lando e Mauro Lando. São Paulo: Portofolio-Penguin, 2016, p. 15] servem ao alinhamento de desígnios: “*Matching* é o

jargão dos economistas para denominar de que maneira obtemos muitas coisas na vida, coisa que escolhemos mas que também precisam nos escolher.”

No caso de *matching* entre os negociadores [legitimados ativo e passivo], exige-se a convergência de interesses aptos a justificar tanto a abertura negocial, quanto o êxito das rodadas de aproximação, a partir da construção de salvaguardas normativas e institucionais orientadas à redução da ambiguidade da Estrutura de Incentivos que condiciona os critérios decisórios do agente racional, da construção de confiança intersubjetiva entre os negociadores e na credibilidade dos procedimentos negociais, motivos pelos quais incide o suporte da **boa-fé objetiva**. [VON NEUMANN, John; MORGENSTERN, Oskar. **Theory of Games and Economic Behavior** . Princenton: Princenton Universty Press, 1947; NASH, John. F. The Bargaining Problem. *Econometrica*, 18 1959, p. 155-162; BÊRNI, Duilio de Avila. **Teoria dos Jogos: Jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão** . Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2004; DAVIS, Morton David. **Teoria dos Jogos: uma introdução não-técnica** . Trad. Leonidas Hegenberg e Otanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1973; GICO JR, Ivo T. **Análise Econômica do Processo Civil** . Indaiatuba: FOCO, 2020; GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à Justiça e teoria dos jogos: da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da mediação** . Florianópolis: Empório do Direito, 2016; RODRIGUES, Filipe Azevedo. **Análise Econômica: Da expansão do Direito Penal** . Belo Horizonte: Del Rey, 2014].

Dentro dos limites demarcados pela Economia da Confiança indicados por Scott Shapiro [**Legality** . Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011; **Legalidad** . Madrid: Marcial Pons, 2014], o planejamento quanto à autoridade, à forma e aos critérios de adjudicação do Direito, compartilhado pelos agentes [públicos e privados] por meio de procedimentos adequados e da gradação da discricionariedade, vinculada à importância da função exercida pelo agente estatal, autoriza o maior ou menor espaço de negociação e, por consequência, de prestação de contas [*accountability*].

Diante das múltiplas implicações no ambiente brasileiro, será preciso construir as coordenadas do **Devido Processo Legal Negocial** , munido de garantias mínimas quanto aos possíveis comportamentos inválidos de agentes procedimentais no espaço de negociação [coações, blefes, ameaças, cláusulas abusivas, sobrecarga, medidas cautelares; aspectos contextuais etc], marcantemente orientado pela interseção entre as coordenadas de

Direito Civil, de Direito Penal e de Processo Penal. Se o espaço negocial assume as premissas do Direito Civil, então, a análise dos institutos negociais também deve levar em consideração os pressupostos relacionados à boa-fé objetiva, própria das fases antecedentes, concorrentes e subsequentes à pactuação de acordos do domínio civil [CC, art. 422].

Por meio do Acordo de Não Persecução Penal [ANPP], o Estado declarou os titulares dos direitos negociais [legitimados ativo e passivo, além dos direitos processuais e penas negociáveis], com a delimitação do objeto [crimes sem violência ou grave ameaça e pena inferior a 4 anos] e a forma dos acordos penais, materializados por atos negociais fora do espaço jurisdicional, sob controle posterior e homologatório do Poder Judiciário.

Por outra parte, o objeto do espaço de barganha instaurado pelo ANPP parte do pressuposto de que ocorrerão concessões recíprocas dos direitos atribuídos. [Teorema de Coase; pena e processo; GOULART, Bianca Bez. **Análise Econômica do Litígio** : entre acordos e ações judiciais. Salvador: JusPodivm, 2019; PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Económica da Litigância** . Coimbra: Almedina, 2005], com resultado subótimo [ganha-ganha], ou seja, no espaço negocial o enquadramento é diverso do processo penal de confronto [vencedor-vencido], construindo-se o desfecho de modo colaborativo [FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões** . Trad. Rachel Agavino. Sextante: Rio de Janeiro, 2018; ARAÚJO, André Carias de. Juan Carlos Vezzulla **A Arte da Mediação** . Florianópolis: EMais, 2022; GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. **Mediação de Conflitos: Teoria e Prática** . Florianópolis: EMais, 2018; VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação: Guia para usuários e profissionais** . Florianópolis: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 2001].

Desta forma, a construção do provimento, diferentemente da tradição filosófica adotada pela tradição *civil law* , encontra suporte teórico do Pragmatismo que orienta a abordagem do modelo norte-americano do *plea bargaining* . Nesse contexto, o estabelecimento de “verdade consensual, provisória e contingente” sobre os fatos e as normas incidentes, ou seja, a realidade do evento é atribuída por consenso e não verificada por meio de cognição judicial em procedimentos penais. [SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano** . Trad. Fábio M Said. Rio de Janeiro: DP&A, 2002; RORTY, Richard. **Pragmatismo: a filosofia da criação e da mudança** . Trad. Cristina Magro. Belo Horizonte: UFMG, 2000; TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito: e a urgência de um pós-pós-positivismo no Brasil** . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018].

Richard Rorty [**Pragmatismo: a filosofia da criação e da mudança** . Trad. Cristina Magro. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 61] explicita:

“O conceito de objetivo é definido pelos antiessencialistas não em termos de uma relação com os aspectos intrínsecos dos objetos, mas como uma referência a uma relativa facilidade em obter consenso. Da mesma maneira que a distinção aparência realidade é substituída pela distinção entre as relativas utilidades das descrições, a distinção objetivo-subjetivo é substituída pela distinção entre as relativas dificuldades em alcançar um acordo”.

O consenso atribui sentido à realidade do discurso sobre os fatos relacionados ao evento histórico de modo contingente e pragmático [RORTY, Richard. **Pragmatismo: a filosofia da criação e da mudança** . Trad. Cristina Magro. Belo Horizonte: UFMG, 2000], não se confundindo com a declaração da existência do evento histórico por decisão judicial de mérito [cognição exauriente: verificação da hipótese acusatória em processo munido das garantias constitucionais; VOGT, Fernanda Costa. **Cognição do Juiz no Processo Civil: Flexibilidade e Dinamismo dos Fenômenos Cognitivos** . Salvador: JusPodivm, 2021], tanto assim que a participação judicial restringe-se à verificação de *standard probatório* suficiente, associado à credibilidade da **confissão circunstancial** [para fim exclusivo do acordo], apto à atribuição do valor de verdade provisório às proposições acordadas por meio de homologação judicial.

O Acordo de Não Persecução Penal [ANPP] surgiu no direito processual penal brasileiro por meio das Resoluções 181 e 183 do Conselho Nacional do Ministério Público [CNMP]. Com a edição da Lei 13964/19, a discussão quanto à constitucionalidade [CR, art. 22, I] dos atos regulamentares do CNMP, foi superada. Ao dispor sobre o tema, a Lei 13694/19 tornou sem efeito todo e qualquer conteúdo dos atos normativos antecedentes [Resoluções 181 e 183]. Prevalece, desde a Lei 139864/19, exclusivamente a regulação legislativa em referência à tipicidade processual. Em consequência, os contornos do Acordo de Não Persecução Penal [ANPP] orientam-se pelos limites normativos.

Com efeito, dispõe o Código de Processo Penal:

“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.

Em âmbito doutrinário, Vinícius Gomes de Vasconcellos [**Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no Processo Penal brasileiro** . São Paulo: Ibccrim, 2015, p. 55] explicita:

“Pensa-se que a justiça consensual (ou negocial) é o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes acusação e defesa a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.

O espectro de abrangência das condutas é amplo, já que boa parte dos crimes se dá sem violência e grave ameaça, tendo pena mínima inferior a 4 [quatro] anos.

Do ponto de vista **objetivo**, pode ser objeto de acordo de não persecução boa parte das condutas criminalizadas [sem violência e grave ameaça], dado que a pena mínima [inferior a 4 anos] deve levar em consideração as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto [§1º], por exemplo, a tentativa [CP, art. 14, II] ou tráfico privilegiado [Lei 11.343/06, art. 33, §4º]. A discussão do ponto de vista **subjetivo** ganha contornos de barganha, porque a necessidade e suficiência dos termos do acordo para **reprovação e prevenção do crime** será objeto de negociação.

As normas processuais regulam somente aspectos relacionados aos sujeitos, ao objeto e aos atos procedimentais, enquanto as normas materiais se vinculam à Teoria do Crime, às Penas e à Punibilidade [BISSOLI FILHO, Francisco. **A sanção penal e suas espécies** . Curitiba: Juruá, 2010]. A regulação do ANPP, ao dispor sobre a extinção de punibilidade, convoca o reconhecimento da natureza híbrida da norma.

Leonardo de Bem e João Paulo Martinelli [O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmidt; MARTINELLI, João Paulo [orgs.] **Acordo de não persecução penal** . D'Plácido, 2020, p. 126] destacam que:

“Embora formalmente esteja inserido no Código de Processo Penal, art. 28-A, também se reveste de conteúdo de direito material no que tange às suas consequências, apresentando-se como verdadeira norma de garantia e, assim, retroativa. Em outros termos, é norma que interfere diretamente na pretensão punitiva do Estado e não simples norma reguladora de procedimento”.

Logo, o art. 28-A do CPP congrega normas tanto processuais quanto materiais, justificando a classificação como norma de natureza híbrida. Em sendo norma de caráter híbrido, com perspectiva material, impõe-se a incidência retroativa em observância à regra do art. 5º, XL, da Constituição Federal, “ a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” .

O efeito da natureza híbrida é o da eficácia retroativa, na perspectiva de ampliar a proteção dispensada ao arguido, na linha indicada por Paulo Queiroz [**Direito Processual Penal** . Salvador: Juspodivm, 2023, p. 104-107]:

“O que de fato importa é saber se a lei é favorável ou prejudicial ao investigado, réu, condenado ou apenado. Se favorável, retroage; se prejudicial, não retroage. Em resumo, quer trate de lei penal, quer de leitura processual etc., o princípio é o mesmo: a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Em resumo, a retroatividade da lei penal (em sentido lato) há de ser pensada a partir de uma perspectiva constitucional-garantista”.

Essa é a diretriz adotada pela Segunda Turma do STF, no julgamento do agravo regimental do *Habeas Corpus* 219371/SP, em 27/04/2023, relatoria do Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, que estabeleceu:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RETROATIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICAR A DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

“ 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida.

“2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, acrescido pela Lei 13.964/2019, é norma de conteúdo processual-penal ou híbrido, porque consiste em medida despenalizadora, que atinge a própria pretensão punitiva estatal. Conforme explicita a lei, o cumprimento integral do acordo importa extinção da punibilidade, sem caracterizar maus antecedentes ou reincidência. Precedentes.

“3. A Segunda Turma desta Suprema Corte firmou o entendimento no sentido de que o art. 28-A retroage às ações que

estavam em curso quando a Lei n. 13.964/2019 entrou em vigor, ainda que recebida a denúncia ou prolatada a sentença penal condenatória.

“4. No caso concreto, apesar de os fatos serem anteriores à alteração legislativa, o feito ainda aguardava o julgamento da apelação criminal quando a Lei 13.964/2019 entrou em vigor, de modo que é imperativo é a concessão da ordem, a fim de reconhecer o efeito retroativo do art. 28-A do CPP e possibilitar ao Ministério Público a propositura do ANPP, se atendidos os requisitos legais .

“5. Agravo regimental desprovido”.

O modelo consensual é independente e, em princípio, antecedente ao procedimento penal de conhecimento, isto é, o consenso é obtido pela livre disposição de vontades das partes, no exercício da autonomia conferida pelo art. 28-A do CPP. O ato negocial trata o evento histórico objeto do caso penal como algo a ser construído e estabelecido pelos negociados, situação diversa da sentença de mérito proferida por Poder Judiciário, terceiro imparcial. Tanto assim que a atividade jurisdicional se restringe à homologação, sem incursões sobre à verificação da Hipótese Acusatória [HAc]. O efeito é o de que o objeto da negociação, ainda que com balizas normativas, é amplo quanto à constituição consensual da realidade do próprio fato histórico, da conduta estabelecida, do tipo penal e da pena aplicável, isto é, a realidade do caso é construída por disposição das partes, por meio de suporte filosófico e metodológico transposto da tradição *common law* .

Por isso, no espaço da Justiça Negocial, os legitimados [ativo e passivo] exercem a autonomia regrada [manifestação da vontade sobre a pena e o processo] durante o procedimento negocial, englobando a possibilidade de o negociar o conteúdo das premissas fática e normativa componentes do raciocínio jurídico padrão [Silogismo: Premissa Fática (PF) Premissa Normativa (PN) = Conclusão], isto é, de modo consensual os legitimados da futura e potencial ação penal podem estabelecer, a partir do apurado na Etapa da Investigação Criminal, o que, quando, onde, quem, como, com que meios, qual o elemento subjetivo, e quais as consequências penais e civis. Logo, a racionalidade econômica dos agentes negociadores, orientados pelo critério custo/benefício [maximização da utilidade esperada], a partir da negociação regrada, é o pano de fundo do Acordo de Não Persecução Penal [BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. **Acordo de Não Persecução Penal** . São Paulo: Dialética, 2022; MENEZES, Raphael Vianna de. **Acordo de Não Persecução Penal** . São Paulo: Dialética, 2023; SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao Pacote Anticrime** . Rio de Janeiro: Método, 2022].

Anote-se que os problemas associados ao modelo negocial são muitos, envolvendo comportamentos abusivos, oportunistas e de vantagem situacional, conforme aponta a doutrina, os casos de falsas confissões e/ou de exonerações. [LOFTUS, Elizabeth F. **Memory faults and fixes** . Issues, p. 41-50, 2002; STEIN, Lilian Milnitsky (org.). **Falsas Memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas** . Porto Alegre: Artmed, 2010; WEST, Emily. METERKO, Vanessa. **Innocence project: DNA exoneration, 1989-2014: review of data and findings from the first 25 years** . Alb. L. Rev., v. 79, 2015, p. 717; CANI, Luiz Eduardo; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia para mitigação dos erros judiciários no processo penal: causas prováveis e estratégias de enfrentamento** . Florianópolis: Emais, 2022; STEIN, Lilian Milnitsky. ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Entrevistas Forenses e Reconhecimento Pessoal nos Processos de Criminalização: um diagnóstico brasileiro**. Brasília : Boletim de Análise Político-Institucional do IPEA, n. 17, dezembro de 2018]. Do contrário, amplia-se demasiadamente a exposição dos arguidos à imposição de acordos abusivos, sobrecarregados, com cláusulas abusivas ou em desconformidade aos padrões democráticos, consoante aponta Albert Alschuler. [ALSCHULER, Albert. W. **Implementing the criminal defendants right to trial: alternatives the plea bargaining system** . University of Chicago Law Review, v. 50, n. 3, p. 931-1.050, 1983; LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2023]. Ademais, a película do advogado americano " **Roman J. Israel, Esq.** " demonstra as dificuldades inerentes à ausência de paridade de armas e de posições materialmente desiguais entre defesa e acusação, tendência possível de ocorrer em outros contextos.

Nos autos do *habeas corpus* 227026 proferi decisão delineando os contornos da incidência do Acordo de Não Persecução Penal, especificamente sobre o espaço de consenso:

“PROCESSO PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL [ANPP]. ETAPA PROCEDIMENTAL NECESSÁRIA. PREENCHIDOS OS REQUISITOS POSITIVOS E NEGATIVOS PREVISTOS NO ART. 28-A, DO CPP, A ABERTURA DO ESPAÇO DE NEGOCIAÇÃO É OBRIGATÓRIA. NEGATIVA SOB ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CONFISSÃO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL, ETAPA ANTECEDENTE. ARGUMENTO INVÁLIDO. APÓS A FINALIZAÇÃO DA ETAPA DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, NO AMBIENTE DA JUSTIÇA NEGOCIAL, A CONFISSÃO SERÁ CIRCUNSTANCIAL, ISTO É, A PARTIR DA AVALIAÇÃO DEFENSIVA QUANTO AOS CENÁRIOS, CUSTOS E RISCOS ASSOCIADOS AO DESFECHO DO CASO PENAL. ESTRUTURA DE INCENTIVOS DO PROCESSO PENAL NEGOCIAL. O ANPP É

MODALIDADE DE BARGANHA. RESULTADO DOS TERMOS DO ACORDO ORIENTADO PELO GANHA-GANHA A PARTIR DOS DIREITOS NEGOCIADOS [TEOREMA DE COASE]. O INVESTIGADO NÃO TEM DIREITO SUBJETIVO AO ANPP, MAS SIM À MOTIVAÇÃO E À FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADAS QUANTO ÀS RAZÕES DA NEGATIVA. SUBTRAÇÃO DA ABERTURA NEGOCIAL COM O OFERECIMENTO IMEDIATO DE DENÚNCIA. SUBVERSÃO PROCEDIMENTAL. CONFIGURADA. PREVALÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA, COM A ANULAÇÃO DOS ATOS SUBSEQUENTES. ORDEM CONCEDIDA PARA ANULAR O PROCESSO DESDE A DENÚNCIA, INCLUSIVE, COM A INSTAURAÇÃO DA ETAPA DA JUSTIÇA NEGOCIAL EM CONDIÇÕES PROCEDIMENTAIS DE IGUALDADE”.

A partir da argumentação exposta no voto, a **primeira Etapa Procedimental é a da Investigação Criminal** [materializada por Inquérito Policial, Auto de Prisão em Flagrante, Termo Circunstanciado ou PIC-MP], orientada à obtenção de indicadores de realidade quanto à autoria, à materialidade e ao elemento subjetivo relacionados ao evento histórico alegadamente criminoso objeto da apuração estatal. A Etapa de Investigação Criminal se exaure com o Relatório disponibilizado ao legitimado ativo para o exercício da ação penal.

A **segunda Etapa Procedimental é a da Justiça Negocial**, cabível nas hipóteses previstas na Lei 9099/95 e no CPP, com relevo ao Acordo de Não Persecução Penal. Se for caso de arquivamento, o investigado não é chamado a negociar. Entretanto, preenchidos os requisitos objetivos descritos no art. 28-A, do CPP, o acionamento do ambiente negocial é obrigatório, dialogando-se, no contexto da barganha, sobre a incidência e a extensão dos demais requisitos subjetivos, incluído a temática do dano/prejuízo [atendimento interesses da vítima], além dos contornos e limites da admissão circunstancial da responsabilidade penal. O ato negocial significa a obtenção de consenso quanto aos elementos constitutivos do tipo penal, a partir da atribuição de direitos negociais aos legitimados [ativo e passivo].

Logo, tanto o Ministério Público quanto o investigado, sob orientação técnica do defensor, avaliam os cenários futuros, os riscos e os custos associados à negativa da proposta formulada [análise custo-benefício].

A deliberação quanto à confissão foi qualificada de “circunstancial”, diversamente da revogada Resolução 181 do CNPP [“circunstanciada”], porque orienta-se ao exercício de manifestação da autonomia privada para

fins exclusivamente negociais [ad-hoc], sem que seus termos possam ser reaproveitados contra o investigado depois, na hipótese de revogação do ANPP.

Diante do cenário posto, analisado em face dos elementos adquiridos na Etapa de Investigação Criminal ou durante o Processo Judicial, o espaço negocial atribui o valor de verdade aos fatos, com o estabelecimento provisório da conduta reconhecida bilateralmente como existente e a sanção respectiva. Não há julgamento de mérito, nem coisa julgada sobre o evento histórico objeto da negociação e sim consenso fático-jurídico circunstancial. Daí ser inválido o argumento de que a confissão deve ser antecedente, porque a confissão propriamente dita [CPP, art. 195-200] pressupõe imputação formalizada no contexto do Processo Judicial, situação diversa da abertura negocial propiciada pela Justiça Negocial.

Em consequência, a abertura da negociação é obrigatória se preenchidos os requisitos objetivos:

- [1º] pena mínima inferior a 4 [quatro] anos;
- [2º] conduta sem violência, nem grave ameaça;
- [3º] incabível transação penal;
- [4º] não ser reincidente, nem conduta criminal habitual ou profissional, ressalvada insignificância pretérita; e,
- [5º] não ter sido beneficiado nos últimos 5 [cinco] anos por transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal .

É preciso marcar que a previsão do art. 28-A do CPP demanda o preenchimento dos requisitos e condições, em conformidade com as particularidades do caso concreto. Bruno Makowiecki Salles [**Direitos e deveres nas teorias geral e jusfundamental: acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial** . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023, p. 58-59] discorre sobre a entidade Direito Subjetivo:

“Fala-se em Direito Subjetivo (*lato sensu*) quando as normas de Direito Objetivo percorrem um processo de subjetivação, deslocando-se o raio de análise para o ponto de vista e os interesses da pessoa individual e sua posição em face do Estado. [...] O Direito Subjetivo é a canalização de um direito previsto em abstrato à órbita de um sujeito concreto que o titulariza e é apto à reivindicá-lo ou exercê-lo”.

Com efeito, a possibilidade de incidência em abstrato não se confunde com a necessária concessão do benefício, cujos critérios devem ser analisados em cada contexto, a partir do produto das negociações.

No julgamento do Inq. 4921, em 25.04.2023, da relatora do Min. ALEXANDRE DE MORAES, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que:

“O Acordo de não persecução penal (ANPP) é um importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro, não constituindo direito subjetivo do acusado. Legalidade em seu não oferecimento pela Procuradoria-Geral da República, em razão do exercício legítimo de sua discricionariedade mitigada. Precedentes”.

Logo, inviável a alegação de que há direito subjetivo à concessão ao benefício, dado que o contexto autoriza a existência de devida motivação e fundamentação quanto aos argumentos ofertados pelo legitimado ativo, sob controle da autoridade judiciária.

Embora os investigados/acusados não tenham direito subjetivo à concessão do ANPP, têm o direito subjetivo de que, uma vez preenchidos os requisitos objetivos, as negociações sejam abertas. Na hipótese de negativa, os argumentos apresentados pelo legitimado ativo devem observar as diretrizes objetivas e subjetivas do art. 28-A, do CPP, sob controle da autoridade judiciária. Por consequência, o ônus argumentativo quanto à ausência do preenchimento dos requisitos legais é do legitimado ativo [Ministério Público ou Querelante].

Maria Letícia Nascimento Gontijo [**O acordo de não persecução penal como instrumento da Justiça Criminal Negocial: análise dos mecanismos de controle da atuação do Ministério Público** . Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 208-209] resume a temática:

“(i) O acordo de não persecução penal tem natureza jurídica de negócio jurídico processual que encerra um poder-dever do órgão ministerial em oferecer o acordo quando presentes os requisitos legais, de modo que o órgão estatal deve valer-se do princípio da oportunidade legalmente regulada para a decisão pela adoção do acordo como alternativa ao processo penal, a qual deverá ser sempre fundamentada nas bases legais, e atinente ao caso em concreto, a fim de evitar ao máximo a possibilidade de arbitrariedades no tratamento desigual entre os imputados;

(ii) Não há que se falar em direito subjetivo do imputado ao acordo de não persecução penal. Demonstrada a presença dos elementos para a aplicação do instituto, consolida-se o poder-dever do órgão acusador em oferecer ao imputado a opção pela solução

alternativa ao processo penal, de modo que se constitui o direito subjetivo à fundamentação da decisão ministerial seja pela propositura ou não do ANPP -, e não à realização do acordo ”.

Desta forma, tanto a negativa de instauração do procedimento negocial quanto à negativa unilateral desprovida de motivação e fundamentação adequadas podem e devem ser objeto do controle jurisdicional. O controle posterior do Poder Judiciário se relaciona à qualidade da motivação e da fundamentação apresentadas quanto à negativa ou aos termos do acordo, justamente porque a negativa de direitos sempre está submetida ao controle judicial [CF, art. 5º, XXXV: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*].

Portanto, é direito subjetivo do arguido que as razões objetivas ou subjetivas quanto à negativa sejam apresentadas de modo claro, direto, tangível e objetivo com a expressa indicação das causas da negativa, inclusive em atendimento à boa-fé objetiva. A negativa geral, desprovida de especificação das particularidades do caso concreto tendem à violação do direito subjetivo do arguido de motivação e fundamentação. Verificada a desconformidade, cabe ao magistrado abrir prazo, em geral, de 10 [dez] dias, para que o legitimado ativo complemente a motivação /fundamentação. Sem a devida justificativa racional, por não exaurir a Etapa de Justiça Negocial, ausente pressuposto ao exercício da ação penal [a ativação do Procedimento Judicial depende da prévia observância da Etapa da Justiça Negocial].

Durante certo período prevaleceu a orientação de que o ANPP somente poderia ser oferecido até a admissão da acusação. Entretanto, desde que haja concordância das partes, independentemente da superação da fase de recebimento da acusação [CPP, art. 3º, XVII], o ANPP poderá ser homologado se atender as diretrizes orientadoras do instituto:

- [a] imediata aplicação de sanções;**
- [b] redução dos custos associados;**
- [c] diminuição dos casos penais rivais [o arquivamento abre o fluxo para o atendimento de outros casos]; e,**
- [d] satisfação total ou parcial dos interesses da vítima.**

Neste sentido, quando da alteração legislativa, o art. 3º, inciso XVII, do CPP, atribuiu ao Juiz das Garantias a função de: *decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação* , autorizando a inferência lógica de que se o acordo for obtido em outra fase procedimental,

o julgador natural terá a respectiva competência [Juiz da Instrução e Julgamento].

A resistência à homologação do ANPP em fases subsequentes decorre, em geral, com a devida vênia, da ausência de compreensão quanto ao escopo geral da Justiça Negocial, especialmente porque o fato de eventual ação penal ter sido recebida não exclui a disponibilidade regrada dos direitos controversos, associado ao fato de que durante o fluxo procedimental os cenários alteram-se em face da prova adquirida.

Logo, a interdição da possibilidade do Acordo de Não Persecução Penal [ANPP] em face do recebimento da denúncia ou queixa-crime é inconciliável com a plasticidade constitutiva da Justiça Negocial. Ademais, a imputação poderá sofrer ajustes dinâmicos em decorrência da prova produzida, com a assunção de nova definição jurídica da premissa fática [CPP, art. 383] ou incidência de modalidades privilegiadas, como a do § 4º do art. 33 da Lei 11343/06, por exemplo.

Conforme a lógica do instituto, a restrição temporal é inconsistente com os princípios informadores, justamente porque diante da evolução do procedimento [provas, decisões, contextos etc.], por meio da análise dos cenários, da alocação de custos e dos riscos associados à continuidade da litigância, no exercício do espaço da Economia da Confiança [Scott Shapiro], as partes podem livremente dispor quanto ao objeto da ação, via Acordo de Não Persecução Penal, até o trânsito em julgado. Do contrário, esvazia-se o fundamento da Justiça Negocial, com a imposição de desvantagem ao arguido que, sob o risco de ser processado, receberá ultimato para aceitar o ANPP, isto é, a limitação temporal do ANPP fomenta a vantagem acusatória, situação que viola o pressuposto da paridade de armas e de igualdade procedimental. A restrição até o recebimento da denúncia, portanto, amplia a exposição dos arguidos à imposição de acordos abusivos ou em desconformidade aos padrões democráticos, consoante a consistentes críticas verificadas no ambiente do *plea bargaining* [ALSCHULER, Albert. W. **Implementing the criminal defendants right to trial: alternatives the plea bargaining system** . University of Chicago Law Review, v. 50, n. 3, p. 931-1.050, 1983].

Em resumo, desde que haja concordância das partes e atendimento dos critérios informadores, o ANPP poderá ser homologado em qualquer etapa procedimental. Os legitimados poderão negociar o conteúdo das Premissas Fática [PF] e Normativa [PN] componentes do raciocínio jurídico padrão [Silogismo: Premissa Fática (PF) Premissa Normativa (PN) = Conclusão],

isto é, de modo consensual os legitimados da potencial ação penal e decisão de mérito podem estabelecer, a partir do apurado, o que, quando, onde, quem, como, com que meios, qual o elemento subjetivo, além das consequências penais e civis. **Tudo, entretanto, de modo contingente e consensual, sem que o conteúdo interfira no caso de rescisão e de julgamento de mérito**, ou seja, é inválida a equivalência entre a “confissão circunstancial” [ad-hoc], decorrente do ambiente negocial, como se fosse “confissão” regulada no Capítulo IV do Código de Processo Penal: “DA CONFISSÃO” que pressupõe Processo Judicial e finalidade diversa.

Consoante estabelecido, a Justiça Negocial é Etapa subsequente à Etapa da Investigação Criminal, na qual o arguido é titular do rol de direitos e garantias constitucionais, dentre eles o de não produzir prova contra si mesmo [CF, art. 5º,]. Logo, é inválida a negativa do ANPP por ter o investigado exercido regularmente direitos na Etapa de Investigação Criminal. Exaurida da Etapa de Investigação Criminal, rejeitada a hipótese de arquivamento, somente então surge a análise dos requisitos e condições do ANPP. O fato de o investigado ter confessado ou não a conduta apurada é independente à instauração da Etapa da Justiça Negocial, na qual a exigência é de “confissão circunstancial [*ad-hoc*]”.

Não deveria causar tanta controvérsia o exercício regular de direitos durante a Etapa de Investigação Criminal. Por isso, a abertura da Etapa da Justiça Negocial **não pressupõe a prévia confissão do sujeito ativo durante a investigação** porque do exercício do direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo ou *Nemo Tenetur se Detegere* nenhum efeito negativo poderá decorrer. [CF, art. 5º, LXIII; QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003; LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2023; REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito Processual Penal**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2023]. A explicação atende a lógica de garantia de Direitos Fundamentais, consistente na atribuição ao Estado do poder de investigar, sem que o suspeito, investigado, indiciado ou acusado tenha a obrigação de contribuir para o esclarecimento dos fatos apurados/imputados. Logo, a existência de confissão na Etapa anterior de Investigação Criminal é independente da existência de elementos necessários ao exercício da ação penal e da “confissão circunstancial”.

Até por isso, a sequência do enunciado descrito no art. 28-A do CPP condiciona a negociação à prévia rejeição da hipótese de arquivamento, motivo pelo qual se os elementos não autorizarem o exercício, em tese, da

ação penal, será inviável a abertura da Etapa Negocial na qual a confissão circunstancial é requisito. Dito de outra forma, exaurida a Etapa de Investigação Criminal, independentemente da existência ou não de confissão do suspeito/investigado/indiciado, o legitimado ativo deve avaliar o preenchimento dos requisitos e condições para o exercício da ação penal futura, definindo os contornos da acusação futura e a estimativa de desfecho favorável. É a partir da expressa declaração de qual será o conteúdo da imputação a ser formulada pelo legitimado ativo que o legitimado passivo [com defesa técnica], deve ser chamado a negociar os termos e condições do ANPP, avaliando-se a pertinência, a adequação e a relação de custo-benefício da “confissão circunstancial”, associada à decisão de litigar ou não litigar. A **confissão circunstancial** [ad-hoc], ademais, refere-se à concordância para fins exclusivamente negociais, momento em que se estimam os cenários [atual e futuro], os custos, os benefícios e os riscos associados à realização ou não o acordo.

A audiência, por sua vez, serve à verificação da existência de suporte probatório suficiente a evitar que o arguido assuma conduta de terceiros [CP, art. 341], restringindo-se à aferição dos elementos mínimos [standard probatório] de atribuição de responsabilidade penal, sem que possa se transformar no equivalente do Interrogatório Judicial. Consoante já exposto, o consenso atribui sentido à realidade jurídica sobre os fatos relacionados ao evento histórico de modo contingente e pragmático [RORTY, Richard. **Pragmatismo: a filosofia da criação e da mudança**. Trad. Cristina Magro. Belo Horizonte: UFMG, 2000], não se confundindo com a declaração da existência do evento histórico por decisão judicial de mérito [cognição exauriente, a partir da verificação da hipótese acusatória em processo munido das garantias constitucionais], tanto assim que a participação judicial se restringe à verificação do *standard* probatório suficiente, associado à credibilidade da **confissão circunstancial [ad-hoc]**, apta à atribuição provisória do valor de verdade às proposições enunciadas. Logo, não se trata de confissão do mérito, nem da extensão da imputação e sim específica [ad-hoc], direcionada para o fim determinado de se comprometer com o teor das cláusulas, a parte da análise dos cenários possíveis e prováveis e da relação custo-benefício associado à litigância penal.

Em consequência, é inválida a exigência de prévia confissão na Etapa da Investigação Criminal ou de Confissão nos moldes equivalentes ao regramento do CPP [art. 197-200]. A “confissão circunstancial” [ad-hoc] deve ocorrer quando da Abertura da Etapa da Justiça Negocial, independentemente do exercício do direito de não produzir prova contra si mesmo da Etapa de Investigação Criminal ou da admissão da ação penal

[cabível a qualquer tempo]. Inválida, portanto, eventual cláusula de reaproveitamento da “confissão circunstancial” na hipótese de revogação do acordo, dado o caráter contratual para fins exclusivos do “ato negocial” [ad-hoc], a partir da boa-fé objetiva.

Conforme anteriormente destacado sobre o efeito da natureza híbrida e o da eficácia retroativa do ANPP, tanto a acusação quanto a defesa deveriam, em observância ao princípio da boa-fé objetiva, ter oferecido ou requerido a incidência na primeira oportunidade de intervenção nos autos. O comportamento omissivo das partes leva à estabilidade da controvérsia, sendo vedado o requerimento extemporâneo.

Logo, se o suspeito/investigado/acusado deixou de se opor tempestivamente quanto à negativa explícita ou implícita do ANPP, responsabiliza-se pelo comportamento omissivo [CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas**. Salvador: JusPodivm, 2020], não podendo requerer a incidência depois da realização de atos subsequentes, ou seja, iniciada a instrução ou proferida a sentença, a conduta significa violação à boa-fé objetiva e ao dever de cooperação processual.

Transposto o conceito ao Processo Penal, da **boa-fé objetiva** emanam os deveres anexos das relações obrigacionais, que não se confundem com os primários [de prestação] ou secundários [decorrentes do inadimplemento], também nas relações processuais decorrem deveres de proteção, lealdade, cooperação, confiança e informação. Em consequência, principalmente no ambiente negocial, os comportamentos devem se orientar pela observância da boa-fé objetiva, impedindo o comportamento contraditório, oportunista, desleal ou violador da justa confiança depositada no comportamento dos negociadores, associada a autovinculação às posições assumidas no decorrer do procedimento, isto é, a função das estabilidades procedimentais em face do comportamento [comissivo ou omissivo] assumido pelos envolvidos [CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas**. Salvador: JusPodivm, 2020].

Embora incida a lógica civilista própria dos negócios jurídicos, deve-se calibrar a interpretação prevalecente em face do interesse público subjacente, tendo em vista os limites quanto à disponibilidade do objeto do ação penal [culpa e punição], dentro das balizas normativas, com a criação de salvaguardas aptas à garantia das condições formais e materiais quanto à manifestação válida da autonomia privada, da Boa-fé Objetiva e da Justiça /Equilíbrio contratual, isto é, da construção de indicadores de suporte ao

Devido Processo Negocial [PENNA, Bernardo Schmidt. **A boa-fé objetiva como elemento estruturante da decisão judicial democrática e o CPC 2015** . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019].

Judith Martins-Costa [**Comentários ao Novo Código Civil**. Vol. V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 33-39] aponta:

“A expressão boa-fé objetiva designa um critério de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela cooperação intersubjetiva no tráfico negocial, pela consideração dos legítimos interesses da contraparte. [...] São instrumentais os deveres decorrentes da boa-fé porque direcionam a relação obrigacional ao seu adequado adimplemento. [...] Constituem deveres instrumentais os deveres de proteção, de cuidado, previdência e segurança; de aviso e esclarecimento; de informação; de consideração com os legítimos interesses do parceiro contratual; de proteção ou tutela com a pessoa e o patrimônio da contraparte de não aguardar a situação do parceiro contratual; de evitar ou diminuir os riscos; de abstenção de condutas que possam por em risco o programa contratual; de omissão e de segredo, em certas hipóteses deveres que podem anteceder o contrato”.

Rogério Zuel Gomes [**Teoria Contratual Contemporânea: Função Social do Contrato e Boa-fé** . Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 135-138], ao discorrer sobre a evolução histórica do instituto da boa-fé objetiva sob o ponto de vista de suas funções hermenêutica-integrativa e de imposição de condutas ético-jurídicas, destaca que:

“É exatamente por não haver uma prévia definição da boa-fé objetiva, como princípio e não como um conceito, que Karl Larenz afirma não se poder levar a cabo a possibilidade de mera subsunção. Assim é que a interpretação do § 242 [do BGB] passa a responder a problemas que jamais teriam sido imaginados pelos legisladores à época da codificação, porquanto o sistema ganha capacidade de oxigenação, de modo que se evite o entrave dos desenvolvimentos necessários e imprevisíveis daquela sociedade e, paralelamente, dota a boa-fé de peso juscultural que dava credibilidade às soluções encontradas. Na visão de Franz Wieacker, a boa-fé no BGB desempenhou tríplice função, quais sejam: como via para uma adequada realização pelo juiz segundo o seu plano de valoração do caso concreto (officium iudicis), como máxima de conduta ético-jurídica e, por último, como meio de ruptura ético-jurídica do direito positivado. Estas três funções são abordadas em seguida. Nessa função (officium iudicis), assemelha-se a boa-fé dos *bonae fidei iudicia*, que consistia em maior liberdade do *iudex* para decidir as

causas, sem ficar atrelado ao formalismo legal, especialmente por ser o § 242 o mais alto princípio do Direito das Obrigações, que, em essência, deveria derivar de dispositivos legais. Entretanto, há deveres contratuais que nem sempre são convencionados de forma expressa pelos contratantes. São os chamados deveres que decorrem naturalmente do contrato (*naturalia negotii*). É fundamentalmente desses deveres naturais que derivam as obrigações acessórias derivadas. Nesses casos, com explana Franz Wieacker, o juiz segue aqui uma pauta fixa: da própria lei, dos costumes de tráfego ou, por último, o grau de vinculação contratual, mais alto em contratos laborais ou de sociedade do que em obrigações particulares. É nesse sentido que o *officium iudicis* desenvolve os deveres de proteção do contratante, tais como o dever de cuidado, de informação e de esclarecimento. Nesse mister, observa Franz Wieacker, o juiz não atua como criador de um novo Direito, senão unicamente cumpre a obrigação descrita em lei, notadamente porque não há delimitação específica na cláusula geral de boa-fé disposta no § 242. Karl Larenz, em comentário ao § 242, acrescenta que no Direito das Obrigações o referido parágrafo determina também o nascimento de múltiplos e variados deveres acessórios impostos pelo objeto do contrato ou pelo respeito aos interesses da outra parte, assim como deveres de auxílio e lealdade. [...] da cláusula geral de boa-fé nascem padrões de conduta.

Larissa Gaspar Tunalá [TUNALA, Larissa Gaspar. **Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2015, p, 118-119] aponta:

“Pode-se imaginar a dificuldade que teria o legislador ao tentar vislumbrar previamente todas as possíveis hipóteses de comportamentos processuais contrários à boa-fé. Qualquer tentativa de rol taxativo seria insuficiente para esgotar a criatividade das partes e seus procuradores em tentar driblar um resultado desfavorável no processo, sendo de fundamental importância a existência de uma cláusula aberta de pressão a condutas inadmissíveis. [...] É possível perceber o quanto se faz necessário que o conteúdo da boa-fé seja preenchido somente frente ao caso concreto, diante da relatividade que ele possui quando confrontado com diferentes contextos processuais”.

Portanto, a partir das premissas estabelecidas, com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, **em 23/01/2020**, a análise do cabimento do ANPP se refere exclusivamente à satisfação dos requisitos objetivos, independentemente da confissão do investigado na Etapa de Investigação

Criminal, **desde que uma das partes tenha formulado o pedido de análise do ANPP na primeira oportunidade de intervenção nos autos após a data de vigência do art. 28-A do CPP**, sob pena de estabilização da controvérsia por meio dos efeitos preclusivos do comportamento omissivo, em observância da boa-fé objetiva e do princípio da cooperação processual. Os termos do acordo dependem da análise das circunstâncias do caso penal.

No caso concreto, em face dos princípios da economia e da duração razoável do processo, afastado a incidência do prazo do CPC para interposição de agravo regimental, declarando a prevalência da regra constante da legislação específica [CPP, art. 798 e Lei 8038, art. 39; RISTF, art. 317], consoante estabelecido no julgamento do AgReg. no ARE 1259764, relator Min. ALEXANDRE DE MORAES:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTEMPESTIVIDADE. CONTAGEM DE PRAZO EM DIAS CORRIDOS. PROCESSO PENAL. ART. 798 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. QUINQUÍDEO LEGAL PREVISTO PELO ART. 39 DA LEI Nº 8.038/1990 E PELO ART. 317 DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE. AGRAVO NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a contagem do prazo processual penal é disciplinada por norma específica que dispõe sobre a matéria, no caso o artigo 798 do Código de Processo Penal, o que afasta a incidência do artigo 219 do Código de Processo Civil. 2. A norma especial da Lei nº 8.038/1990, que prevê o prazo de 5 (cinco) dias para a interposição do agravo regimental, não foi expressamente revogada pela Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), prazo este que também é previsto pelo art. 317 do Regimento Interno desta CORTE. 3. A intempestividade do Agravo Regimental impede o seu conhecimento. 4. Agravo Regimental não conhecido”.

[ARE 1259764 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES]

Afastado, também, a negativa genérica ao ANPP, nos termos do voto, para o fim de determinar a análise do cabimento e/ou negativa motivada e justificada, com a abertura da Etapa Negocial no juízo monocrático. Em consequência, quanto ao objeto da impetração, voto por **conceder a ordem**, de ofício, nos termos do art. 654, §2º, do CPP, para o fim de determinar a análise do cabimento do ANPP pelo Juízo de origem.

Em conclusão, proponho a **fixação da seguinte tese** :

[a] O Acordo de Não Persecução Penal é norma de natureza híbrida [material-processual], diante da conseqüente extinção da punibilidade, com incidência imediata em todos os casos sem trânsito em julgado da sentença condenatória, desde que requerida na primeira intervenção procedimental das partes após a vigência da Lei 13964/19 [23/01/2020], em observância à boa-fé objetiva e à autovinculação das partes aos comportamentos assumidos [comissivos ou omissivos];

[b] O arguido não tem o direito subjetivo ao Acordo de Não Persecução Penal, mas sim o direito subjetivo à devida motivação e fundamentação quanto à negativa. A recusa ao Acordo de Não Persecução Penal deve ser motivada concretamente, com a indicação tangível dos requisitos objetivos e subjetivos ausentes [ônus argumentativo do legitimado ativo da ação penal], especialmente as circunstâncias que tornam insuficientes à reprovação e prevenção do crime;

[c] É inválida a exigência de prévia confissão durante a Etapa de Investigação Criminal, porque dado o caráter negocial do Acordo de Não Persecução Penal, a confissão é circunstancial, relacionada à manifestação da autonomia privada para fins negociais, em que os cenários, os custos e benefícios são analisados, vedado, no caso de revogação do acordo, o reaproveitamento da confissão circunstancial [ad-hoc] como prova desfavorável durante a Etapa do Procedimento Judicial; e,

[d] O Órgão Judicial exerce controle quanto ao objeto e termos do acordo, mediante a verificação do preenchimento dos pressupostos de existência, dos requisitos de validade e das condições da eficácia, podendo decotar ou negar, de modo motivado e fundamentado, a respectiva homologação [CPP, art. 28-A, §§ 7º, 8º e 14].

É como voto.