

Levando os acordos a sério: objetividade e proteção dos direitos individuais

Na sessão desta terça-feira (9/12), a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial 2.193.376, de relatoria do ministro Ribeiro Dantas.

A matéria de direito submetida a julgamento consistia em definir se, para aferição do requisito objetivo previsto no artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal — pena mínima inferior a quatro anos —, dever-se-ia: (i) considerar as causas de aumento aplicáveis ao caso concreto, admitindo-se, desde logo, a aplicação de uma fração graduada de aumento, nas proporções indicadas no enunciado de Súmula 659, STJ — o que poderia elevar a pena além de quatro anos e, conseqüentemente, obstar o acordo de não persecução penal —; ou (ii) adotar a pena mínima em abstrato, aplicando-se, quando pertinente, a fração mínima da majorante por continuidade (1/6), sem antecipar dosimetria ou cálculos punitivos prospectivos.

O colegiado, por unanimidade e acompanhando o voto do relator, afastou a interpretação que pretendia realizar projeções punitivas prospectivas de antecipação de juízos próprios da dosimetria da pena. Assim, a turma fixou que, para a aferição do cabimento do acordo de não persecução penal, deve ser adotada a pena mínima em abstrato, aplicando-se, quando pertinente, a fração mínima da majorante por continuidade (1/6). Com isso, preservou-se a separação das funções de aplicação do instrumento de justiça negociada e de individualização da pena.

Apesar de o julgamento ter ocorrido na sistemática das preferências e, diante da unanimidade, não ter havido leitura de votos, juntei voto vogal escrito em que fiz algumas observações que considero relevantes para futuras aplicações do instituto negocial, cuja utilização tem se expandido e, portanto, demanda o devido cuidado e atenção de seus operadores.

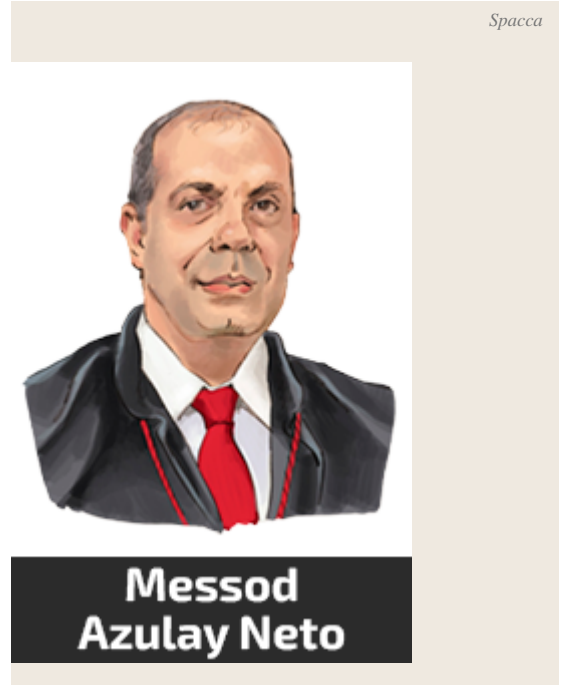
Proteção dos direitos individuais

Em outras palavras, com a inserção recente de instrumentos de abreviação da resposta estatal — a exemplo dos instrumentos de justiça negociada, especialmente dos acordos de não persecução penal — e em tempos de pressões utilitárias, é preciso levar os acordos a sério, equilibrando a relação jurídica-penal a partir da proteção dos direitos individuais e da objetivação da aplicação dos institutos negociados.

O §1º do artigo 28-A do Código de Processo Penal estabelece que, “para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto”.

A redação do dispositivo indica que o requisito da pena mínima inferior a quatro anos obedece a uma avaliação que considera a incidência, a partir do conjunto indiciário existente no momento do oferecimento do acordo, de causas de aumento e diminuição — elementos incidentes, concretamente, na terceira fase da dosimetria e previstos pelo legislador em intervalos fracionários específicos e taxativos. Não devem ser consideradas, por conseguinte, circunstâncias judiciais ou, ainda, agravantes e atenuantes — elementos da primeira e segunda fases da dosimetria, respectivamente, e previstos pelo legislador de forma matematicamente desvinculada.

A questão que se coloca, portanto, é a seguinte: nessa avaliação, deve o operador considerar a causa de aumento ou de diminuição de forma concreta e prospectiva, com aplicação de uma fração do intervalo previsto na lei, ou de modo abstrato e potencial, com incidência da maior diminuição (se causa de diminuição) ou do menor aumento (se causa de aumento)? A primeira hipótese implicaria antecipação dosimétrica da pena eventualmente aplicável no caso concreto, em tese considerado, de formação de um juízo de culpa ao final da persecução penal. E a segunda, por sua vez, indicaria, apenas, um parâmetro de cabimento do instituto de justiça negociada a partir de balizas mínimas e máximas prescritas pelo legislador.





A 5ª Turma, então, decidiu que a interpretação do §1º do artigo 28-A do Código de Processo Penal atrai a segunda hipótese, ou seja, a aplicação, no caso de causa de aumento de pena, da fração mínima e, no caso de causa de diminuição, da fração máxima prevista em abstrato, para a verificação do requisito objetivo de “pena mínima inferior a quatro anos”.

Como disse, apresentei algumas razões que, a despeito de serem simples, são relevantes.

De partida, a jurisprudência, especialmente a do STJ, ao realizar interpretações do modelo negociado em um sistema de matriz adjudicativa, deve adotar a maior cautela possível. A abreviação dos processos de natureza criminal por meio de acordos não pode resultar na antecipação de juízos de culpa, que, por expressa previsão constitucional são próprios e exclusivos da sentença penal condenatória. A culpa somente pode ser afirmada a partir do devido processo legal, com a observância da garantia do contraditório, da ampla defesa e da racionalidade probatória. E, por consequência lógica, a aplicação de pena em sentido estrito e sua respectiva dosimetria dependem, invariavelmente, da formação do juízo de culpa.

Muito embora a imposição de obrigações negociadas não esteja livre de fundadas críticas, o acordo de não persecução penal tem natureza e finalidade diversas do processo penal adjudicatório: “é um mecanismo de simplificação procedimental, que se realiza por meio de um negócio jurídico entre acusação e defesa, em que o imputado abre mão do exercício de direitos fundamentais (como ao processo, à prova, ao contraditório, ao silêncio etc.), conformando-se com a pretensão acusatória ao se submeter voluntariamente às condições (sanções) pactuadas e confessar, em troca de benefícios (como uma sanção menos gravosa, além de evitar o início do processo ou uma sentença condenatória definitiva e seus efeitos, como maus antecedentes. [...]). Pode-se afirmar que o ANPP é ‘um pacto de arquivamento condicionado’ ao cumprimento das condições definidas no termo negociado pelas partes” [1].

A aplicação do acordo de não persecução penal, portanto, não implica, ou não pode implicar, imposição de pena em sentido estrito e, por decorrência, não se submete a um prognóstico concreto de aplicação de pena. Homologado o acordo e cumpridas as condições, é extinta a punibilidade do agente e são arquivados os autos sem cumprimento ou qualquer efeito decorrente de uma pena. Tanto é que a doutrina busca nomenclaturas diversas para as obrigações assumidas por aquele que faz acordo. Alguns falam em sanções. Outros em equivalentes funcionais. Todavia, não se tem notícia de alguém que defenda que se trate formalmente de pena.

Ainda nesse sentido, deve ser considerado que o legislador adotou o critério de “pena mínima” para aferição do cabimento do instituto negociado. Parece, então, lógico que, se o parâmetro é a pena mínima, a pergunta que deve ser respondida é: qual é a menor pena em abstrato possível em um determinado contexto jurídico? É o mesmo que dizer, de outra forma, que é ilegal e inconstitucional a antecipação de juízos dosimétricos no momento de avaliação do cabimento do acordo de não persecução penal.

A interpretação pela legalidade da antecipação dosimétrica poderia abrir espaço, ainda, para a possibilidade de um uso estratégico e ilegal de excessos acusatórios com o objetivo de afastar a viabilidade do acordo de não persecução penal. Diferentemente de países em que se admite maiores espaços para os acordos — em que o instituto do *overcharging* tem como objetivo forçar um acordo desfavorável para o investigado —, no Brasil, correríamos o risco de observar, se isso já não acontece, a prática de um *overcharging* às avessas.

Em resumo, a metodologia para a avaliação do cabimento de qualquer instituto de justiça negociada deve respeitar os parâmetros abstratos estabelecidos pelo legislador, de modo a garantir, na medida máxima possível, objetividade na aplicação dos acordos e impedir arbitrariedades. Preserva-se, assim, a separação entre a função de incidência de instrumentos negociados e a função de formação de culpa e individualização da pena.

Por fim, mas não menos importante, outro aspecto foi anotado no voto vogal, agora, em relação à abrangência do acordo nos casos de negociação de crime continuado.

Uma vez oferecido e homologado, o acordo de não persecução penal abrange todos os fatos configuradores da continuidade delitiva. Fica, por conseguinte, impedido o Ministério Público de, posteriormente, oferecer denúncia por fatos, eventualmente desconhecidos ou ignorados no momento do oferecimento da peça acusatória, que tenham sido praticados no contexto da continuidade delitiva, ou, ainda de negar o reconhecimento da continuidade ou a inserção dos fatos não considerados no momento da celebração do negócio processual homologado, mas materialmente constitutivos da continuidade delitiva.

Assim, os fatos típicos abrangidos pela ficção jurídica da continuidade ficam, por consequência lógica da aplicação do instituto negociado, igualmente abrangidos pelo acordo de não persecução penal. Permitir raciocínio diverso significaria



amplificar o desequilíbrio existente nessa relação negocial, em que o acusado renuncia a direitos individuais fundamentais, e criar espaço para subjetividades do órgão acusador.

Referências

[1] Vasconcellos, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 49.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2025-dez-09/levando-os-acordos-a-serio-objetividade-e-protecao-dos-direitos-individuais/>