



**UNICEPLAC**

**Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos - UNICEPLAC**

**Curso de Direito**

**Trabalho de Conclusão de Curso**

**(In)aplicabilidade do acordo de não persecução penal aos crimes de corrupção passiva e ativa.**

Gama-DF

2021

## **JULIO CESAR COSMELLI CINTRA FILHO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Direito do Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac.

Orientador: Prof Dr. Edilson Enedino das Chagas  
Coorientador:

Gama-DF

2021

C575i

Cintra Filho, Julio Cesar Cosmelli.

(In)aplicabilidade do acordo de não persecução penal aos crimes de corrupção passiva e ativa: reflexões sobre o princípio da moralidade pública no âmbito da justiça negocial criminal. / Juliana de Castro Costa. – 2021.

50 p. il : color.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos - UNICEPLAC, Curso de Direito, Gama-DF, 2021.

Orientação: Prof. Dr. Edilson Enedino das Chagas.

Acordo - não persecução penal. 2. Corrupção - ativa. 3. Corrupção - passiva. I. Título.

CDU: 34

**JULIO CESAR COSMELLI CINTRA FILHO**

**(In)aplicabilidade do acordo de não persecução penal aos crimes de corrupção passiva e ativa**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Direito do Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac.

Orientador: Prof **Dr.** Edilson Enedino das Chagas

Gama, **20** de **Maio** de **2021**.

**Banca Examinadora**

---

Prof. Dr. Edilson Enedino das Chagas  
Orientador

---

Prof. Dr. Luis Felipe Perdigão de Castro  
Examinador

---

Profa. Me Caroline Lima Ferraz  
Examinador

“Não são só ladrões, diz o santo, os que cortam bolsas ou espreitam os que se vão banhar, para lhes colher a roupa: os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título são aqueles a quem os reis encomendam os exércitos e legiões, ou o governo das províncias, ou a administração das cidades, os quais já com manha, já com força, roubam e despojam os povos. — Os outros ladrões roubam um homem: estes roubam cidades e reinos; os outros furtam debaixo do seu risco: estes sem temor, nem perigo; os outros, se furtam, são enforcados: estes furtam e enforcam”. Padre Antônio Vieira. Sermão do Bom Ladrão, canto V.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais que sempre acreditaram em mim, me apoiaram durante esta jornada de cinco anos e que em incontáveis outros momentos foram bondosos comigo. Obrigado também aos professores, em especial ao meu orientador, pelas explicações, pelas dicas e por ter separado tempo pra me ajudar apesar de sua agenda tão corrida. Aproveito para agradecer também ao professor William Ricardo, que apesar de não fazer mais parte do corpo do docente, me ajudou no primeiro contato com o tema escolhido. Quero registrar também gratidão pelos funcionários da cantina, da biblioteca, da portaria e da limpeza.

## RESUMO

O presente trabalho visa estudar as possíveis consequências da utilização do acordo de não persecução penal na resolução de casos envolvendo corrupção ativa e passiva no Brasil. Abordará o artigo 28-A do Código de Processo Penal brasileiro a luz da noção de bem comum e terá como objetivo ponderar se sua aplicação é positiva nas hipóteses dos artigos 317 e 333 do CP. Como base de pesquisa, o projeto usará o diálogo entre diferentes autores, principalmente dentro do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Ao final, trará uma ponderação sobre o ANPP, junto com propostas que procurem melhorar a justiça negocial criminal no Brasil.

**Palavras-chave:** Acordo de não persecução penal. Corrupção ativa. Corrupção passiva. Justiça Penal Negocial.

## **ABSTRACT**

This present work aims to study the possible consequences of using the deal of non-penal persecution (DNPP) on the resolution of cases involving active and passive corruption in Brazil. It will approach the article 28-A of the Brazilian Code of Penal Procedure, upon the light of common good and will aim to weigh up if it's application is positive on the hypothesis of articles 317 e 333 of the Brazilian Penal Code. As basis of research, this project will use the dialogue between different authors, mostly within penal law and penal procedure law. In the end, it will bring a weighting about DNPP, together with propositions that seek to improve negotiated criminal justice in Brazil.

**Keywords:** deal of non-penal persecution. Passive corruption. Active corruption. Negotiated Criminal Justice.



## **LISTA DE ILUSTRAÇÕES**

Figura 1 – Índice de Percepção da Corrupção (2020).....	17
Figura 2 – Procedimento de Formalização do ANPP (2020).....	38

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANPP	Acordo de Não Persecução Penal
APR	Apelação Criminal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
EUA	Estados Unidos da América
ONG	Organização Não Governamental
PIC	Processo de Investigação Criminal
RESE	Recurso em Sentido Estrito
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCC	Trabalho de Conclusão de Curso

## SUMÁRIO

### SUMÁRIO10

#### 1. INTRODUÇÃO11

#### 2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A CORRUPÇÃO NO BRASIL13

#### 3. OS CRIMES DE CORRUPÇÃO.17

3.1. Rápido panorama histórico da corrupção como crime.17

3.2. A moralidade administrativa e os crimes de corrupção.18

3.3. Corrupção Passiva21

3.4. Corrupção Ativa23

#### 4. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL25

4.1. Justiça penal negocial: do que se trata?25

4.2. Conceito e surgimento do acordo de não persecução penal26

4.3. Requisitos do acordo de não persecução penal28

4.4. Condições do acordo de não persecução penal32

4.5. Do procedimento para formalização do acordo34

#### 5. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROBLEMA: (IN) APLICABILIDADE DO ANPP AOS CRIMES DE CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA.37

#### 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.42

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa fazer um estudo sobre as possíveis consequências da incidência do acordo de não persecução penal na resolução dos casos que envolvam corrupção passiva, e, por conseguinte, passará pelos pormenores do artigo 28-A do Pacote Anti-Cime e do bem jurídico tutelado pelo artigo 317 do Código Penal, qual seja, a moralidade pública. O problema de pesquisa rescinde, portanto, em analisar se aplicação do ANPP nos casos do artigo 317 e 333 do Código Penal será positiva ou não para o combate à corrupção no Brasil. Ou seja: De que maneira a aplicação do acordo de não persecução penal aos casos de corrupção passiva pode diminuir ou aumentar a eficiência dos artigos 317 e 333 do Código Penal?

Surgem a partir daí algumas hipóteses: a. O acordo de não persecução penal é inconstitucional e, conseqüentemente, não deve ser aplicado em hipótese alguma; b. O acordo de não persecução penal é inaplicável ao crime de corrupção passiva, uma vez que se mostra insuficiente para a repressão e prevenção do delito em questão, razão pela qual o ressarcimento ao erário e a confissão do investigado devem servir como elementos a serem considerados na dosimetria da pena, mas não como justificativa para relativizar a obrigatoriedade da ação penal. c. O acordo de não persecução penal é aplicável ao crime de corrupção passiva, pois a restituição dos valores desviados do erário é suficiente para proteger o bem jurídico tutelado, além de promover a diminuição do alto número de processos criminais no Brasil e fomentar a celeridade na resolução de problemas desse tipo.

Trata-se, como se pode ver, de tema que demanda uma análise cautelosa. Sendo assim, embora este projeto represente sobremaneira um estudo jurídico, não dispensará análises interdisciplinares com o intuito de enriquecer a discussão. Também serão usadas fontes do direito estrangeiro, em especial o alemão, o italiano e o americano, cujos institutos influenciaram a legislação brasileira. Buscará, enfim, trazer o máximo de informações possíveis para uma construção sólida do conhecimento por meio de uma análise ponderada de diferentes ideias.

Além da delimitação do tema, foram estabelecidos também alguns objetivos específicos.

Primeiro, estudar o crime de corrupção passiva de modo sistemático e trazer nuances jurídicas, mas também sociais, com o intuito de tornar viável uma análise

mais ampla do artigo 317 do CP sem, contudo, perder o foco nas questões legais, tais como fundamentos do tipo, classificação da conduta, e outras que sejam relevantes para a prática forense.

Segundo, conceituar a Justiça Penal Negocial, sua origem e expansão, e comparar determinadas legislações e estudos estrangeiros no intuito de se averiguar as influências que os direitos americano (plea bargain), alemão (absprachen) e italiano (patteggiamento) tiveram sobre o ordenamento jurídico brasileiro nessa temática, de modo geral e específico;

Terceiro, apresentar o acordo de não persecução penal, seu surgimento, processo de positivação, objetivos, requisitos, e regras processuais, trazendo assim a natureza material e processual deste instituto, que apesar de existir desde 2017, só foi positivado em 2019 com o pacote anticrime.

Deste modo, no que diz respeito à elaboração do texto em si, haverá um breve esboço histórico e estatístico da corrupção do Brasil, a fim de dimensionar melhor no tempo a problemática tratada.

Depois, será feita uma explicação sobre os delitos dos artigos 317 e 333 do Código Penal, com enfoque em questões legislativas pertinentes, seguida de uma abordagem da justiça penal negocial e, dentro dela, do acordo de não persecução penal, bem como de institutos negociais estrangeiros.

Por último, será feita uma análise sobre a aplicação do ANPP aos delitos analisados e os impactos positivos e/ou negativos trazidos por ele.

Por ser um tema atual, o acordo de não persecução penal traz um conjunto de lacunas que podem ser exploradas e preenchidas com novos argumentos e sugestões. Logo, o presente trabalho é oportuno não só pelo fato do ANPP estar ganhando mais destaque, mas sobretudo pela necessidade de uma reflexão sobre seus possíveis efeitos, no caso, em relação à efetividade do artigo 317 do Código Penal. Dito de outro modo, o estudo que se propõe neste TCC poderá levantar problemáticas pertinentes e ajudar na criação de possíveis soluções.

Para a pesquisa serão utilizados livros, artigos, jurisprudência e dados estatísticos. Autores como Damásio de Jesus, Cleber Masson, Guilherme de S.Nucci, Cezar Roberto Bittencourt e Fernando Capez comporão o marco teórico.. Optou-se, assim, pelo diálogo entre diferentes autores mediante o uso do método indutivo. Por meio dele será possível trazer premissas prováveis para obtenção de uma conclusão razoavelmente provável sem a presunção de esgotamento do tema.

## 2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A CORRUPÇÃO NO BRASIL

A ideia de corrupção traz consigo muitos fatores. Para Brei (1994, p. 02), se trata de um termo que inclui uma variedade de condutas: “trapaça, velhacaria, logro, ganho, ilícito, desfalque, concussão, falsificação, espólio, fraude, suborno, peculato, extorsão, nepotismo e outros” (Brei, 1994, p.02). Abrangeria, nessa perspectiva, desde as pequenas ações desonestas do dia a dia até os grandes escândalos no governo (BREI, 1994, p.02). Achar um conceito exato não é, portanto, as mais fácil das tarefas.

Biason (2019, p.2) explica que a conceituação varia conforme o enfoque aplicado. De início, a corrupção, como termo, se apresentava de uma perspectiva moral, havendo um viés personalista (p.2) que recaía sobre a falta de princípios morais de quem se corrompia. Posteriormente, em uma segunda fase, começaram a ser analisados os fatores culturais e sociais, isto é, a estrutura social passou a receber uma grande importância e a corrupção passou a ser vista como subproduto dela (p.2). Por fim, como consequência do aprimoramento do Direito, surge o um conceito jurídico, pautado na norma, ou, mais especificamente, na violação dela.

Esta última conceituação estará mais presente durante este projeto. Pode-se criticá-la porque a norma, sozinha, não consegue fornecer toda a extensão da corrupção de um ponto de vista ético, social e político (BREI, 1994, p. 6). Assim, deve-se reconhecer que uma abordagem puramente normativa da corrupção não é ideal. Afinal, o Direito como construção da sociedade exige em seu estudo uma análise de fenômenos mais amplos (BIASON, 2019, p.2). Pensando-se nisso, algumas informações históricas serão trazidas a seguir juntamente com algumas reflexões sobre a formação da sociedade brasileira.

É sabido que durante o período colonial a coroa portuguesa entregou grandes pedaços de terra para um número pequeno de pessoas (RIBEIRO, 1996, p. 4). Consolidou-se a figura do engenho, cuja administração refletia o direito romano-canônico e a forte visão patriarcalista vindas da metrópole. Essa influência se estendia aos filhos, que geralmente também ocupavam cargos no governo (RIBEIRO, 1996, p. 4).

A remuneração, no entanto, era ínfima se comparada com as oportunidades de negócios lucrativos que esses servidores tinham à disposição (RIBEIRO, 1996, p. 4). Como consequência, foi predominando cada vez mais um sentimento geral

“particularista e antipolítico” entre as elites agrárias do Brasil colônia, “uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família.” ( RIBEIRO, 1996, p. 4). Na verdade para Zancanaro, autor citado por Ribeiro, sequer chegou-se a criar uma “consciência da separação entre o público e o privado” (p. 5).

Um exemplo desse comportamento estava na prática do contrabando. A historiadora Adriana Romeiro explica que a corrupção e o contrabando eram comuns entre os administradores das terras coloniais, não obstante os esforços normativos que existiam para minar esse tipo de comportamento (2017, p.54). O que acontecia, era um jogo de interesses que mesclavam a repressão e a cumplicidade que fazia preponderar o interesse do administrador sobre a lei (ROMEIRO, 2017, p. 53 e 54). Ademais, as leis eram ambíguas, arcaicas (ROMEIRO, 2017, p. 54) e sustentavam um modelo burocrático que dificultava sua aplicação, havendo também fragilidade da fiscalização (ROMEIRO, 2017, p. 55).

Dentro dessa conjuntura, os cargos públicos foram amplamente tratados como fonte de lucro pessoal, um meio de auto-promoção e enriquecimento (ROMEIRO, 2017, p. 63). Alguns relatos escritos da época reafirmam essa realidade. Antônio Rodrigues da Costa, administrador colonial, registrou que “os governadores que se lhe mandam [para o Brasil], ministros e oficiais (...) vão cheios de ambição, e o seu principal objetivo é enriquecerem-se, valendo-se para isso de todos os meios lícitos e ilícitos” (ROMEIRO, 2017, p. 159). Já em um manifesto, dessa vez anônimo, o autor resume a conduta das elites coloniais: “venha para cá o ouro de sua majestade que lhe queremos pôr a mão por cima, e os bugios do Brasil que se esfolem” (ROMEIRO, 2017, p. 160).

Com a chegada da família real no Brasil em 1808 os padrões de poder sofreram algumas modificações (RIBEIRO, 2010, p. 6). Houve cada vez mais um êxodo rural. Nas cidades, estão os descendentes dos senhores de engenho, que se consolidam como profissionais liberais. O tempo passa e a corrupção se amolda, adapta-se. Feita a independência em 1822 os problemas no serviço público continuam existindo, com o patrimonialismo sendo ainda uma “característica dos funcionários públicos” (RIBEIRO, 2010, p. 6). Pode-se citar alguns exemplos disso.

Biason (2019) argumenta que mesmo com a proibição do tráfico negreiro pela Lei Eusébio de Queirós em 1850 a prática de trazer escravos para o Brasil continuou clandestinamente à base de propinas e subornos. Assim, visando o ganho financeiro, funcionários do Estado preferiram se omitir de uma fiscalização eficiente.

Na verdade, segundo a autora, “pouco foi feito para coibir o tráfico” (BIASON, 2019, p. 3). Somente com o tempo uma postura mais rigorosa foi sendo adotada, mas no intuito de facilitar o reconhecimento da Independência do Brasil no exterior (BIASON, 2019, p. 3).

Com o surgimento do regime republicano em 1891 certas formas de corrupção foram ganhando ainda mais notoriedade, especialmente no âmbito eleitoral e nas obras públicas. Durante as eleições, não raro marcadas pelo voto de cabresto e pela venda de votos, políticos se usaram do sufrágio para fins escusos (BIASON, 2019, p. 3). Já nas empresas estatais foram comuns os desvios de recursos (BIASON, 2019 p. 4), feitos majoritariamente às escondidas. Dentro dessa realidade, a política do “rouba, mas faz” ganhou destaque no modo brasileiro de conduzir a *res publica* (BIASON, 2019, p.7).

Além do mais, nessa fase republicana há uma tentativa de modernização que acaba se traduzindo numa realidade onde a lei é vista quase como uma saída milagrosa aos problemas sociais (RIBEIRO, 2010, p. 7). Assim, em resposta “às exigências internacionais e demandas da própria sociedade, promulgamos leis que na verdade se demonstraram inócuas, raramente resultando na redução de práticas corrompidas ou na punição de seus autores” (RIBEIRO, 2010, p. 7) Criou-se um abismo entre o que está no papel e aquilo vivido pelo cidadão (RIBEIRO, 2010, p. 9).

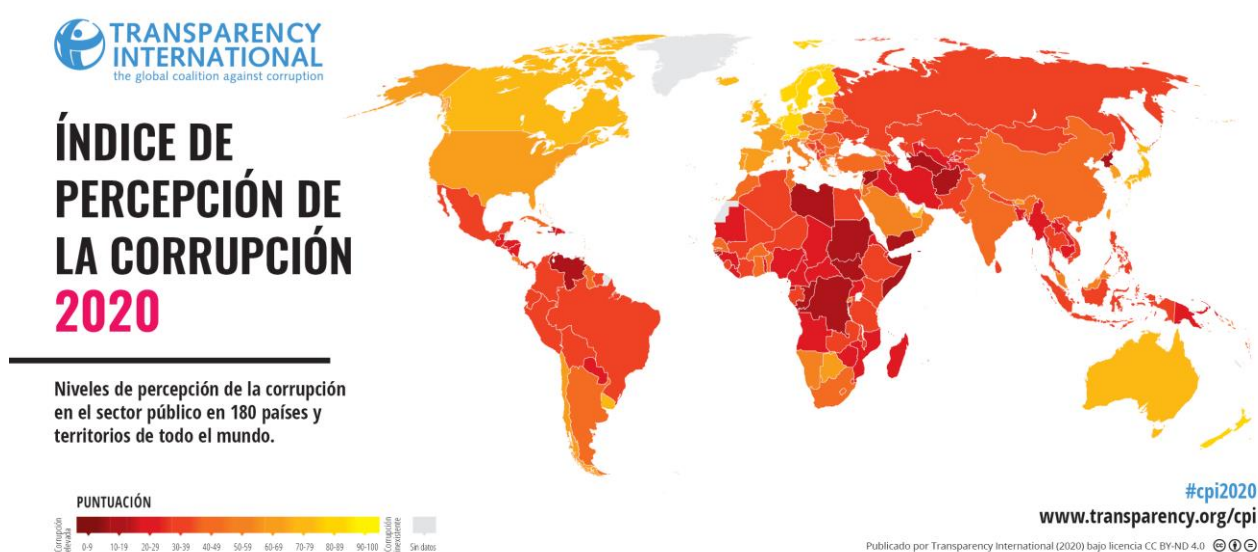
Logo, essas práticas que hoje são comuns remetem a um processo denso de formação social. A própria sociedade ibérica foi se sujeitando a uma condição onde, aos poucos, o estamento burocrático foi tomando conta das relações de poder e impondo um sistema de dominação onde eram reproduzidos privilégios e probendas que visavam, justamente, manter a condição social dos estamentos alojados na burocracia do Estado (FILGUEIRAS, p. 389). Pode-se dizer que aconteceu uma privatização do poder na esfera da família patriarcal (FILGUEIRAS, p. 390).

Assim não é de se surpreender diante dessa construção histórico-cultural que o Brasil possua índices baixos em pesquisas internacionais sobre corrupção. Existe, com efeito, uma antinomia entre o mundo moral e o mundo da prática (FILGUEIRAS, p. 394) que se reflete em dados estatísticos. Segundo a organização “International Transparency” o Brasil em 2019 ocupou o 106º lugar no ranking de nações mais corruptas do mundo. Em 2012 a posição ocupada era a 69ª (em um índice onde os países mais corruptos possuem colocação mais próxima de zero, ou seja, o país número 1 é o mais corrupto).



Mais recentemente, essa mesma ONG fez um estudo comparativo entre países (figura 1) denominado “Índice de Percepção da Corrupção” em que se pode notar que o Brasil está atrás de várias nações neste quesito, algumas inclusive da própria América Latina (Argentina, Chile e Uruguai):

**Figura 1 - Índice de Percepção da Corrupção (2020)**



**Fonte: Transparência Internacional**

Já o Fórum Econômico Mundial, em análise a dados colhidos em 2017 e 2018, destacou o Brasil como o quinto país mais corrupto da lista. Nesse estudo, o Brasil fica atrás apenas do Chade, da República Dominicana, do Paraguai e da Venezuela. A pesquisa foi resultado de entrevistas com vários líderes empresariais ao redor do mundo. Dentre as perguntas realizadas, indagou-se a frequência com que as empresas consultadas praticavam suborno naquele país e o quão comum era o desvio de recursos públicos para elas.

A ONG “Gain Integrity”, também com enfoque em negócios privados, não chega por sua vez a trazer um ranking de países corruptos. No entanto, faz uma análise cruzada de outras pesquisas, juntando dados diversos. Ao final, o cruzamento dessas informações revelam novamente o alto índice de corrupção no Brasil. A organização subdivide esse estudo em tópicos, dentre os quais estão o corrompimento do Poder Judiciário e da polícia em geral. O link para essa e as

demais pesquisas citadas estão nas referências bibliográficas para quem tiver interesse em consultá-las com mais profundidade.

### **3. OS CRIMES DE CORRUPÇÃO.**

Feita essa contextualização, necessário que se aborde os crimes de corrupção em suas modalidades ativa e passiva. O intuito é preparar o leitor para a reflexão que será feita, no próximo tópico, sobre justiça negocial penal. A seguir, serão abordados um breve panorama histórico da corrupção como crime, a importância da moralidade pública como princípio e bem jurídico e, ato contínuo, os delitos dos artigos 317 e 333 do CP.

#### **3.1. Rápido panorama histórico da corrupção como crime.**

A corrupção, desnecessário dizer, é um fenômeno muito antigo. Sua punição por isso variou com o passar dos séculos. Na Grécia antiga, a prática do *dóron*, como chamavam, abrangia tanto a corrupção ativa como a passiva e o juiz corrupto era punido com a morte (TEIXEIRA, 2010, p. 18). Em Roma, onde ocorreu um maior aprofundamento jurídico do tema, a Lei das XII tábuas previa também a pena capital para o magistrado que recebesse dinheiro ou valores a título de suborno ou que comercializassem julgamentos (BITTENCOURT, 2020, p. 111).

Ainda entre os romanos, mais especificamente no final da fase da República romana, a Lei Júlia estendeu o conceito de funcionário público para todo aquele que exercesse função pública (TEIXEIRA, 2010, p. 22). No século VI foi criado o Código Justiniano, que compilava um conjunto de leis romanas. Com o tempo, os monarcas da Europa foram fazendo compilações legais baseadas no direito romano, dentre elas as Ordenações Manuelinas, Afonsinas e Filipinas, estas últimas criadas em 1603 (TEIXEIRA, 2010, p. 24) durante o período da União Ibérica e que, de modo especial, influenciaram o direito brasileiro (pois vigoraram por muitos anos).

As Ordenações Filipinas tratavam de vários assuntos. Puniam a heresia e a apostasia, aplicavam a pena de morte ao homicídio, e castigavam com a pena capital, também, o estupro e o homossexual (*sodomita*). Conforme lição de Bittencourt (2020, p. 111), castigava-se ainda o suborno. Com efeito, no seu título LXXI, livro V, as Ordenações traziam punição aos oficiais do Estado que

recebessem “serviços ou peitas”.

A sanção para o corrupto consistia na perda do cargo e no pagamento de vinte vezes o valor que foi auferido como vantagem indevida. As ordenações do rei Felipe castigavam, ao mesmo tempo, inclusive de modo mais severo, aqueles que corrompiam os agentes do Estado. Os corrompedores eram castigados com a perda de “toda a sua fazenda”, remoção de qualquer cargo público e degrado para a África por cinco anos.

Feita sua Independência, o Brasil teve seu primeiro Código Criminal (BITTENCOURT, 2020, p. 111). Criado em 1830, diferiu das das Ordenações Filipinas porque tratou a peita e o suborno em seções separadas, trazendo punições diferentes (BRASIL, 1830). Buscou também diferenciar no próprio texto legal o que era subornar e o que era dar peita. No primeiro, a corrupção acontecia em razão da influência ou do peditório. No segundo, ocorria o recebimento de dinheiro ou outro donativo.

Com o advento da República novas leis foram criadas e o Código Penal de 1890 continuou usando os termos suborno e peita e passou a tratá-los em um único nomen iuris (BITTENCOURT, 2020, p. 112). Em 1940, foi promulgado o Código Penal atualmente em vigor. Ele se baseou no Código Penal Suíço<sup>1</sup> e disciplinou as corrupções ativa e passiva em dispositivos e capítulos diferentes (BITTENCOURT, 2020, p. 112). A partir daí essas modalidades de corrupção foram tratadas como crimes autônomos e assim permanece na atualidade.

### **3.2. A moralidade administrativa e os crimes de corrupção.**

A Constituição Federal de 1988 trouxe inovações que impactam no combate à corrupção. Quando o constituinte decidiu tratar sobre a Administração Pública (art. 37) tratou, também, da moralidade como princípio. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por MARTINS e GARCIA (2018, p.278), princípio significa

---

1 O Código Penal Suíço (criado em 1937 e ainda em vigor) possui uma estruturação diferente do brasileiro. Não obstante, apesar dessas diferenças, possui semelhanças com o CPB. A título de exemplo, o artigo 322 do CP suíço, que trata do crime de corrupção ativa: “aquele que tiver oferecido, prometido ou concedido uma vantagem indevida a um membro do Judiciário ou outro Poder, a um funcionário, a um perito ou intérprete comissionado por uma autoridade, a um árbitro ou a um militar, em favor de um deles o de um terceiro, para execução ou omissão de um ato relacionado com sua atividade oficial e que seja contrário a seus deveres ou que dependa de seu poder de apreciação, será punido com uma pena privativa de liberdade de cinco anos ou mais ou uma pena pecuniária” (CONFEDERAÇÃO SUÍÇA, 2021).

a base de um sistema, uma ideia nuclear sobre a qual se constroem outras normas, ao mesmo tempo servindo para elas de critério interpretativo e fonte harmonizadora. Assim, da leitura constitucional pode-se afirmar que ficou estabelecido na Carta Magna um mínimo ético a ser seguido pelo administrador, um conjunto de regras de conduta a que o Estado-Administração deve respeito (MARTINS e GARCIA, 2018 p. 281-282).

No entanto, é preciso reconhecer que o termo moralidade é muito amplo (MARRARA, 2016, p. 105). A moral pode ser tratada de um ponto de vista filosófico, social, religioso e assim por diante. Ao mesmo tempo em que não se confunde com o Direito (DELGADO, p. 3). Portanto, é conveniente delimitar melhor o que a Constituição deseja expressar ao usar o termo “moralidade” para evitar enganos interpretativos e nesse processo hermenêutico é necessário ter como prisma o próprio Estado Democrático de Direito (MARRARA, 2016, p. 106).

Assim sendo, já que democracia tem como pressuposto o bem comum, o uso da palavra moralidade deve ser interpretado não como a moral subjetiva do administrador, mas, sim, como a moral pública. Ela se cumpre na medida em que os interesses coletivos são honrados por intermédio de uma atuação que se amolde à lei e, ao mesmo tempo, munido de respeito à dignidade humana (MARRARA, 2016, p. 107). A CF não poderia consagrar a moralidade individual pois, ao fazê-la, estaria consagrando o arbítrio do funcionário público como parâmetro de decisão e, ao fazê-lo, negaria a natureza democrática do Estado brasileiro vigente (MARRARA, 2016, p. 108).

Dito de outro modo, o princípio constitucional da moralidade visa, ao impor um mínimo ético, fomentar o respeito aos valores mais quistos à organização estatal, bem como o cumprimento dos objetivos do Estado, os quais lhe dão razão de ser. Ou seja, trata-se de um “imperativo dos interesses públicos primários” (MARRARA, 2016, p. 109) que se manifestam justamente nas normas impostas constitucionalmente e que são, para seus fins, reflexo da soberania popular (MARRARA, 2016, p. 109). É nesse viés que o termo moralidade deve ser visto como meio de construção do bem coletivo, consequência do cumprimento do espírito constitucional.

Delgado destaca, ainda, que a moralidade limita o Estado na medida em que exige dos agentes públicos uma atuação que forneça justiça aos cidadãos e que atinja o nível de eficiência exigido pela própria Administração. O objetivo dessa

limitação é fazer com que “se consagrem os efeitos-fins do ato administrativo consagrados no alcance da imposição do bem comum” (p. 4). Assim, não basta a adequação à lei, pois o princípio da moralidade demanda algo além da legalidade. Na verdade, a CF exige que o administrador atue não só conforme a lei, mas de modo que sejam respeitadas a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a construção de uma sociedade justa e solidária (DELGADO, p. 4).

Porém, mais do que um princípio norteador, a moralidade pública é também um bem jurídico (BITTENCOURT, 2020, p. 112 ). Nas palavras de Sommariva, “no delito de corrupção passiva (CP, art. 317), assim como no crime de corrupção ativa (CP, art. 333), o bem jurídico tutelado pelo Estado é a moralidade e a probidade da Administração Pública, estendida sobre o vértice de seu *longa manus*, a saber, o funcionário público (CP, art. 327)” (SANTA CATARINA, 2010). Essa proteção jurídica, como não poderia deixar de ser, atua como reflexo da importância que a moralidade administrativa possui para a sociedade, motivo que levou o corpo social a protegê-la com todas as forças disponíveis, inclusive a do Direito Penal.

Ora, os crimes de corrupção passiva e ativa, que serão agora estudados com mais critério, lesam justamente essa moralidade pública que comentamos até então. Esses tipos penais pressupõem, assim, a necessidade de proteção ao funcionamento íntegro, probado e bem-intencionado do Estado. Isto é, a tipificação dessas condutas está intimamente relacionada com o princípio constitucional da moralidade, pelo qual se impõe aos agentes públicos o mais alto padrão ético. Naturalmente, o bem jurídico tutelado pelos crimes de corrupção será não só a Administração Pública, mais especificamente sua probidade.

Se ressalte, de antemão, que as espécies de corrupção, ativa e passiva, possuem muito em comum porque, embora crimes autônomos, é patente a ligação entre eles, principalmente na prática, ou seja, no âmbito das investigações policiais e judiciais. NUCCI destaca, por exemplo, a dificuldade probatória dos crimes de colarinho branco, em especial a corrupção (2015, p. 31). Trata-se de um tipo de delito muitas vezes praticado com nenhuma ou baixíssima visibilidade.

No entanto, apesar de suas aproximações, as corrupções ativa e passiva possuem também suas diferenças, que necessitam ser analisadas separadamente. Por essa razão, cada tipo penal será visto individualmente dentro do que for mais didático. Assim, ao final deste capítulo, e uma vez realizadas as explanações necessárias, o leitor poderá ter um melhor comparativo dos dois delitos, que

somados aos conhecimentos históricos e estatísticos trazidos ajudarão numa melhor compreensão da problemática proposta.

### **3.3. Corrupção Passiva**

O sistema penal brasileiro pune a conduta do funcionário público (art. 327, CP) que em razão da sua função solicita, aceita ou recebe, para si ou para terceiro, vantagem indevida. Este ganho ilícito não precisa ser patrimonial, bastando que favoreça indevidamente o agente (NORONHA, 1992, p. 370). Esse é o posicionamento da doutrina majoritária, que se contrapõe ao entendimento defendido por Nelson Hungria (CAPEZ, 2020, p. 523) pelo qual deveria haver um benefício patrimonialmente mensurável (isto é, de conteúdo econômico).

Também não é necessária a realização do ato ou omissão prometido em contraprestação à vantagem indevida para a caracterização do crime, pois fazê-lo não é elemento do tipo e sim majorante da pena (JESUS, 2020, p. 167). Semelhantemente, o crime existe a partir do momento em que o agente solicita ou aceita vantagem indevida; ou seja, é dispensável, para a caracterização do artigo 317 do CP, que o corrupto receba aquilo que pediu ou anuiu (MASSON, 2020, p. 625). Essa concepção se mostrou presente em julgamentos de grande repercussão.

Durante o julgamento do Caso Mensalão (DAMÁSIO, 2020, p. 165 e 164), por exemplo, ficou decidido que “a materialização deste delito ocorre com a simples solicitação ou o mero recebimento de vantagem indevida (ou de sua promessa), por agente público, em razão das suas funções, ou seja, pela simples possibilidade de que o recebimento da propina venha a influir na prática de ato de ofício” (BRASIL, 2013)

O tipo penal prevê a relação entre a conduta do agente e o exercício da função pública que ele exerce como uma característica elementar do delito de corrupção passiva (JESUS, 2020, p.164). No entanto, o STJ (em precedente citado por Damásio (2020, p. 164)) criou exceção ao entender que não é necessário que este vínculo se dê diretamente com as atribuições do agente corrupto (BRASIL, 2018), bastando que se relacione com o cargo exercido. Seria o caso, por exemplo, de deputado federal que usa de sua posição para negociar cargos comissionados na Administração Pública mediante troca de favores (JESUS, 2020, p.164).

Comentando essa questão, Masson (2019, p. 627) cita, ainda, julgamento do



STF onde se entendeu que “a sustentação política assegurada pelo parlamentar, em favor da manutenção do diretor da estatal, configurou ato de ofício para fins de enquadramento no crime de corrupção passiva”, conforme informativo 904 do Pretório Excelso (BRASIL, 2018).

Sobre a classificação do delito em questão, os doutrinadores divergem um pouco. Para Damásio, Estefam (2020, p.167) e Masson (2019, p. 624), trata-se sempre de crime formal, pois a consumação independe do exaurimento ou do recebimento da vantagem. Já na opinião de Bittencourt (2020, p. 128), o crime será material na modalidade receber, apenas. No mais, trata-se de crime simples, próprio, instantâneo, de forma livre, de dano, comissivo ou omissivo, podendo ser unissubsistente ou plurissubsistente.

A pena prevista para o tipo-base é de dois até doze anos de reclusão, que pode ser cumulada com multa. Nesse viés Bittencourt (2020, p. 130) entende existir uma grande margem para a dosimetria da pena, fato que traz um peso ainda mais significativo para a análise das circunstâncias legais e judiciais. A maioria dos autores entende ser possível a modalidade tentada, desde que o *modus operandi* possibilite a divisão do *iter criminis*. A ação penal é pública e incondicionada.

Existe também a modalidade privilegiada de corrupção passiva (317, § 2º, do CP). Por ela, o agente público é levado por pedido ou influência de alguém a deixar de praticar ou retardar ato de ofício. Não há oferta de vantagem ilícita. Deste modo, o funcionário público que concordar com este tipo de solicitação deverá responder pelo artigo 317, § 2º enquanto que o beneficiado, segundo Masson (2020, p. 717), será considerado partícipe do delito.

Deve-se esclarecer que a maioria dos doutrinadores brasileiros entende que pequenas gratificações não se enquadram como corrupção passiva. Seria o caso do presente dado pela vítima ao promotor que conseguiu a condenação do réu. Há pesquisadores que justificam a atipicidade desse tipo de conduta aplicando o princípio da insignificância, algo que atualmente não encontra mais tanto apoio devido ao texto da súmula 599 do STJ. Outros citam o princípio da adequação social. Masson (2019, p. 624), a seu turno, afirma inexistir dolo por parte agente, que se limita a receber o presente sem vínculo com sua atuação profissional.

Por outro lado, Bittencourt (2020, p. 115) defende que no Brasil a mera “aceitação de dádiva” é fato não proibido expressamente na lei, ao contrário do que acontece, por exemplo, no direito penal argentino (art. 259, Código Penal de La

Nacion Argentina<sup>2</sup>) e, nesse viés poderia ser invocado o princípio da legalidade (já que inexistente no ordenamento pátrio vedação legal da conduta).

### **3.4. Corrupção Ativa**

Para que alguém pratique o crime de corrupção passiva via de regra é necessário que se tenha um corrompedor, alguém que leve ou tente levar o funcionário público a realizar o ato improprio desejado (NUCCI, 2015, p. 15). Conseqüentemente, fez-se necessário punir também a corrupção ativa, que no sistema brasileiro é um crime autônomo, fato que configura uma exceção à teoria unitária ou monística do concurso de pessoas (MASSON, p. 716). Como consequência é perfeitamente possível haver a configuração do 317 sem o 333 e vice-versa.

Pode acontecer, por exemplo, do funcionário público ser pessoa honesta e se recusar a corroborar com o anseio do corruptor (NUCCI, 2015, p. 30). Também pode ocorrer do próprio agente estatal solicitar vantagem indevida ao particular, havendo, nesta hipótese, corrupção passiva sem a modalidade ativa (CAPEZ, 2020, p. 609). Por isso esses tipos penais – corrupção ativa e passiva - dispensam uma relação de bilateralidade, já que o legislador procurou criar um modelo punitivo em que cada um desses delitos pudesse ser punido separadamente (JESUS, p.215).

Magalhães Noronha faz comentário interessante nesse sentido. Ele diz que “com o art. 317, a lei pune a ação interna ou intestina que corrói e mina a administração pública; enquanto que com o o art. 333 “incrimina a ação externa ou exógena que a provoca ou promove (NORONHA, 1983, p.332)”. Dessa maneira, “sabendo que a corrupção passiva, via de regra, é produzida pela ativa, o legislador se antecipa, velando por impedi-la ou anulá-la, com a advertência da pena” (NORONHA, 1983, p.332).

Quanto ao momento da consumação, existe uma divergência doutrinária. Masson (2020, p. 720), Capez (2020, p. 608) e Nucci (2020, p. 594) argumentam

---

2 “Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año” (art. 259, Código Penal Argentino).



que a corrupção ativa se consuma no momento em que o agente oferece ou promete a vantagem indevida, independente da aceitação do funcionário público (MASSON, 2020, p. 720). Jesus (2020, p. 218) e Bittencourt (2020, p. 262), noutra giro, entendem que o ato se consuma no momento em que o funcionário público tem conhecimento da oferta ou promessa da serventia ilegal. Todos concordam, no entanto, que se trata de delito formal.

Jesus argumenta, ainda, que para a caracterização deve haver a oferta de vantagem. Deste modo, pedir um “jeitinho” não atrairia a incidência do artigo 333 do CP (2020, p. 217). Nesta hipótese o que poderia acontecer, em tese, é aplicação do artigo 317, §2º, comentado no tópico anterior (MASSON, 2020, p. 717). Diferente da corrupção passiva, qualquer um pode incidir neste delito, inclusive o próprio funcionário público (MASSON, 2020, p.719). Também é possível a sanção administrativa por improbidade, consoante previsão do artigo nono da Lei 8.429/92 (NUCCI, 2020, p. 595).

Para mais, é necessário o especial fim de agir (BITTENCOURT, 2020, p. 262). Deve existir a intenção do agente em corromper o funcionário público por meio de oferta ou promessa de vantagem indevida com o objetivo de se obter a realização ou omissão de um ato de ofício. Naturalmente, existe uma dificuldade probatória sobre este quesito (BITTENCOURT, 2020, p. 262). E se não é possível provar este elemento o fato se tornará atípico, consoante lição do mestre Bittencourt (2020, p. 262).

A realização, omissão ou retardamento do ato de ofício não se apresenta como imperativo para tipicidade da conduta (MASSON, 2020, p. 721). O que há, no entanto, é um majorante da pena, a ser analisada na terceira fase da dosimetria da reprimenda, tal como é na corrupção passiva (JESUS, 2020, p. 218). Diferentemente do que ocorre na hipótese do artigo 317, § 2º, do CP, não há na modalidade ativa um tipo privilegiado. Está prevista tão somente a forma qualificada. Capez (2020, p.608) destaca que se o ato cometido não for de ofício o tipo qualificador não incide.

Nucci (2020, p. 595), ao comentar a punição destinada à corrupção ativa, faz uma crítica ao legislador. Para o autor, o corruptor deveria ser punido mais severamente do que o corrupto, visto que sem aquele este, via de regra, não cometeria crime (via de regra, pois como vimos existem exceções). O agente ativo nessas hipóteses (em que há uma “via de mão dupla delituosa”) “funcionaria no mesmo grau da atitude do traficante que, pretendendo cativar um usuário, fornece

droga gratuitamente, patrocina festas e eventos, para envolver o futuro cliente com o produto almejado” (2020, p. 594).

A pena prevista é de dois a doze anos de reclusão, podendo ser cumulada com multa. A ação penal é pública e incondicionada. Segundo a maioria dos doutrinadores, admite-se a tentativa na hipótese da execução do delito ocorrer de maneira plurissubsistente (JESUS, 2020, p. 218), tal como na corrupção passiva. Assim, existindo divisão do iter criminis em, pelo menos, mais de um ato, torna-se possível a caracterização de modalidade tentada (MASSON, 2020, p. 721).

Quanto à classificação, o crime de corrupção ativa é majoritariamente definido como delito simples, comum, formal, de dano, de forma livre, comissivo, instantâneo, plurissubsistente ou unissubsistente (a depender do *modus operandi*), podendo haver ou não concurso de agentes. É considerada crime de forma livre (MASSON, 2020, p. 720). Pode ser praticado direta ou indiretamente, isto é, por meio de um partícipe ou coautor (CAPEZ, 2020, p. 606). Para Capez esse intermediador deve ser considerado um coautor (2020, p. 606).

#### **4. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL**

A sobrecarga do Judiciário não é novidade para os operadores do Direito e muito menos para os jurisdicionados. O número de processos que tramitam atualmente impede a prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável, criando-se um verdadeiro estado de inconstitucionalidade no Brasil decorrente da contínua violação ao artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal. Por isso, iniciativas que visam o desafogamento dos Tribunais vêm sendo tomadas no âmbito cível e criminal. O presente trabalho tratará de uma delas: o acordo de não persecução penal, especificamente sua interação com os crimes de corrupção passiva e ativa

##### **4.1. Justiça penal negocial: do que se trata?**

A busca por celeridade e o anseio em diminuir a quantidade de processos tem levado à criação de mecanismos processuais voltados para uma resolução negocial entre os envolvidos na lide, o que se estende à prática criminal. É a chamada justiça penal negocial. Internacionalmente já existem vários exemplos dessa concepção, como o *plea bargain* estado-unidense, o *absprachen* alemão, o

*patteggiamento* italiano (VASCONCELLOS, 2020, p. 50 e 51) e o procedimento abreviado argentino (LANGER, 2004, p.55). Todos eles relativizam de alguma forma o princípio da obrigatoriedade pelo qual o Ministério Público sempre deve propor ação penal quando presentes provas da materialidade e indícios suficientes de autoria do delito (não podendo abrir mão do processo após a denúncia) (VASCONCELLOS, 2020, p. 58 -61).

Isto posto, pode-se conceituar a justiça penal negocial como a aplicação de técnicas de negociação entre acusação e defesa pelas quais se busca conferir maior agilidade à prestação jurisdicional mediante a dispensa, o encurtamento ou a resolução do processo (VASCONCELLOS, 2020, p. 57). Dentro dessa lógica o objetivo é aproximar os sujeitos processuais para que eles cheguem a um denominador comum (OLIVEIRA, 2015, p.76). Ou seja, criam-se mecanismos onde, por política criminal, se utilizam medidas de teor consensual no processo criminal (ou até mesmo na fase pré-processual), a fim de se obter (pelo menos em tese) um resultado melhor para todos.

Tais estratégias hoje em dia não são mais mera cogitação e estão sendo aplicadas no Brasil já faz certo tempo. A transação penal, a suspensão condicional do processo, a composição civil dos danos, a delação premiada e os acordos de leniência são exemplos dessa dinâmica (VASCONCELLOS, 2020, p. 99 - 142). Mais recentemente, foi criado também o acordo de não persecução penal (ANPP), que apesar de positivado apenas em 2019, existia na prática desde 2017, como se verá a seguir.

#### **4.2. Conceito e surgimento do acordo de não persecução penal**

O ANPP passou por um processo de positivação com o pacote anticrime (L 13.964/19). No entanto, seu surgimento remonta à resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que depois foi alterada pela res. 138/18, desse mesmo órgão. À época, a principal crítica feita contra o dispositivo era de que ele seria inconstitucional devido à sua origem, que se deu por norma infralegal, o que afrontaria o princípio da reserva legal. Entretanto, com a positivação do instituto pôs-se fim a esse debate, que perdeu razão de ser (CUNHA, 2020, p.126).

É perceptível a influência do *plea bargain* americano sobre o ANPP, guardadas as devidas proporções. Dentre as diferenças entre esses dois institutos,

pode-se mencionar o fato de que nos Estados Unidos existe uma discricionariedade maior do MP em relação à ação penal (CAMPOS, 2012, p.17 - 18). Por isso, as negociações são mais amplas, podendo envolver desde a sentença até o número de acusações (DIAS, 2016, p. 38) e não se limitam aos crimes de médio e menor potencial ofensivo (CAMPOS, 2012, p. 17).

Apesar dessas disparidades, não há como negar que a experiência americana tem sido utilizada como principal referência para modelos negociais na área criminal ao redor do mundo<sup>3</sup>. Sua popularização se iniciou a partir da década de 70 (VASCONCELLOS, 2020, p. 73). Atualmente, anos depois, aproximadamente 90% dos casos criminais dentro dos EUA são resolvidos por meio dessa técnica de negociação entre acusação e defesa (CAMPOS, 2012, p.4). Atualmente, o plea bargain está bem enraizado na cultura penal norte-americana (VASCONCELLOS, 2020, p. 73).

Em outros países, institutos negociais também surgiram.

Na Alemanha, criou-se o *absprachen*, em que o acusado realiza um acordo com o magistrado/corte, que negocia estabelecendo um máximo e um mínimo de sentença (LANGER, 2004, p. 41), podendo desistir da proposta se o caso exigir<sup>4</sup> (TURNER e WEIGEND, 2014, p.90).

Na Itália há o *patteggiamento*<sup>5</sup>, uma barganha feita entre acusação e defesa onde é possível reduzir a pena em até um terço, desde que após a redução ela não ultrapasse cinco anos (LANGER, 2004, p. 50).

Na Argentina, existe o procedimento abreviado, no qual as partes podem chegar em um consenso sobre a reprimenda, contanto que ela não exceda seis anos de duração (LANGER, 2004, p.2004).

---

3 Campos, citando Langbein (1979), frisa que “a plea bargaining começou a ser observada apenas no século dezenove, pois, até então, os julgamentos criminais eram tão simples e rápidos que não se fazia necessária a adoção de qualquer procedimento diverso”.

4 O Código de Processo Penal alemão prevê que o magistrado poderá se desvincular do acordo se convencido que a sentença negociada não é suficiente em face da severidade da ofensa ou do grau de culpa do acusado (art. 257c, item 4).

5 O patteggiamento foi resultado de uma reforma penal mais ampla no Código de Processo Criminal italiano, o qual trouxe não só este instituto como outros, dentre eles o juízo imediato, o juízo diretíssimo e o procedimento abreviado (VASCONCELLOS e CAPPARELLI, 2015, p. 443 e 445). O patteggiamento, em especial, está previsto no artigo 444 do Código de Processo Criminal da Itália. Curiosamente, a jurisprudência italiana entende que o magistrado que rejeita o acordo tem sua imparcialidade prejudicada pelo contato com o caso, devendo remeter os autos a outro julgador (VASCONCELLOS e CAPPARELLI, 2015, p. 446)

Na França, tem-se a *composition*, em que MP e réu entram em acordo para que o acusado cumpra uma série de condições menos severas que a privação de liberdade, lembrando assim a dinâmica do acordo de não persecução penal (ANPP), como se verá melhor adiante (LANGER, 2004, p.59).

Mas, afinal, no que consiste o acordo de não persecução penal? De modo sucinto, trata-se de um ajuste de obrigações firmado entre o Ministério Público e o investigado (devidamente auxiliado por seu defensor), onde são fixadas determinadas condições, menos severas do que a sanção penal que, uma vez cumpridas, trarão a extinção da punibilidade (CUNHA, 2020, p.126); funcionando, doravante, como uma espécie de contrato entre as partes que pressupõe a renúncia ao processo comum (MENDES e MARTINEZ, 2020, p.66).

Sua realização exige a existência de um procedimento investigativo (inquérito policial ou PIC), ocorrendo assim na fase pré-processual (antes da propositura da ação). O acordo, deliberado entre as partes, será depois homologado pelo juiz de garantias (art. 28 do CPP), que também poderá, a depender do caso, ordenar a correção da avença ou negar sua homologação (CUNHA, 2020, p. 128). Enfim, são muitos os detalhes quanto ao procedimento de realização do ANPP. Por isso, o estudo será dividido em subtópicos para melhor compreensão do leitor e, a posteriori, será trabalhada a problemática proposta.

#### **4.3. Requisitos do acordo de não persecução penal**

A Lei 13.964/2019, ao modificar o Código de Processo Penal (introduzindo o art. 28-A), estabeleceu requisitos para a realização do acordo de não persecução penal (ASSUNÇÃO, 2020, p. 74). Assim, determinadas exigências precisam ser atendidas para que o ANPP se realize.

Primeiro, o réu deve confessar de maneira formal e detalhada o crime, pormenorizando sua conduta.

Segundo, ele não poderá ter cometido infração: a) com grave violência ou ameaça contra pessoa, b) em contexto de violência doméstica ou contra mulher por razões de gênero; ou c) cuja pena mínima for superior a quatro anos.

Terceiro, o investigado não pode ter sido beneficiado nos últimos cinco anos com o ANPP ou com suspensão condicional do processo.

Quarto, o indiciado não pode ser reincidente ou ter conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional (salvo quando insignificantes as infrações pretéritas).

Quinto, não poderá ser cabível transação penal de competência do JECRIM no caso concreto. Sexto, o acordo deve ser uma medida razoável para a prevenção e repressão do delito cometido.

Dessas limitações já é possível extrair algumas problemáticas. A começar, o fato de o indiciado ter de confessar a sua conduta, como requisito para celebrar o acordo, gera debate quanto a violabilidade do princípio do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra a si mesmo. Essa violação seria especialmente grave por se tratar de uma prerrogativa básica do direito penal como um todo. Tal regra se relaciona a própria lógica por detrás do *ius puniendi* em um Estado democrático e, logo, eventual violação a ele é preocupante, conforme frisado por Mendes e Martinez (2020, p. 66).

Cunha (2020, p. 129), ao comentar também essa questão, afirma noutra giro que inexistente qualquer reconhecimento de culpa, no sentido jurídico do termo, pois a confissão é de índole “puramente moral”, o que se refletiria no fato de que a celebração e o cumprimento do ANPP não constam na folha de antecedentes criminais do investigado, salvo para indicar se ele já foi contemplado com esse benefício anteriormente (dentro do período depurador descrito no inciso II, do §2º, do artigo 28-A do CPP).

Morais (2020, p. 80), por sua vez, argumenta que o requisito da confissão protege o réu, na medida em que afasta a possibilidade do Ministério Público negociar com pessoas que nada teriam a confessar, por não existirem indícios fortes de que elas participaram no delito. A confissão, segundo Renê de Ó Souza (2019), gera também um efeito secundário ocasionado pela própria negociação. Para ele haveria a criação de um “efeito psíquico de arrependimento”, que aumentaria, em princípio, a probabilidade de sucesso no cumprimento da avença.

Por outro lado Mendes e Martinez (2020, p. 65) entendem que o acordo de não persecução penal além de violar o direito ao silêncio lesa o devido processo legal como um todo. Essa última crítica, comum de outros autores que discordam da barganha criminal, se pauta na ideia de que o investigado estaria, por meio da negociação, renunciando um conjunto de garantias inerentes ao processo, que embora mais moroso, traz consigo instrumentos mais amplos de defesa. Ressaltam

assim que, muito embora as condições firmadas pelos acordantes não gerem restrição de liberdade, exigir a confissão do investigado seria uma regra inconstitucional.

De fato, com a flexibilização do princípio da obrigatoriedade na fase pré-processual o acusado estaria, pela barganha, abrindo mão de várias fases processuais. Nessa toada, questiona-se a hipótese do acusado assumir a culpa do delito com medo de que, ao final de um processo mais longo, receba uma pena mais severa do que as condições propostas pelo Ministério Público no ANPP. Ou seja, haveria o risco do réu confessar algo que não fez pelo receio de ser punido com maior rigor pelas vias ordinárias de julgamento, pelas quais poderia talvez provar sua inocência (VASCONCELLOS, 2015, p. 144).

Provavelmente foi pensando nisso que o legislador tornou obrigatória a participação de um defensor, público ou privado, que auxiliará o indiciado. Nesse viés, Suxberger e Graciano Filho (p. 20), comentando a colaboração premiada, fazem apontamentos que podem ser aproveitados também em relação ao ANPP. Para esses autores, não haveria ofensa ao contraditório e à ampla defesa porque o investigado poderá concordar ou não com a proposta do MP, e o fará com auxílio técnico. Reforçando essa ideia, o pacote anticrime trouxe uma fase de homologação para a avença, onde o juiz deverá analisar a legalidade e a voluntariedade do acordado, inclusive em entrevista com o indiciado.

No entanto, a maioria dos investigados não possui renda para contratar um advogado e, em muitos Estados brasileiros, a Defensoria Pública ou é inexistente ou está pouco estruturada, carecendo de investimentos e melhorias (MENDES e MARTINES, 2020, p. 66). Por exemplo, segundo a última pesquisa feita pelo Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça, em 2015, a Defensoria Pública de São Paulo possuía 719 defensores para um público-alvo de 17.932.005 pessoas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.45). Esse quadro é problemático porque pode levar a um grave desequilíbrio nos polos de negociação e nas palavras de Mendes e Martines (2020, p.64) aponta uma imensa desvantagem do mais fraco para o mais forte.

Ademais, dados estatísticos corroboram a ideia de que confissões podem ser feitas com base no medo de uma punição mais grave. Nos Estados Unidos, onde a negociação é amplamente utilizada, fez-se algumas pesquisas nesse sentido. Em uma delas, datada de 1975, o pesquisador responsável chegou à conclusão de que



1/3 dos réus confessantes não seriam condenados se julgados dentro das regras do processo comum (FINKELSTEIN, 1975, p. 309-310).

Em um estudo mais recente realizado em 2013, 56% dos entrevistados ao serem apresentados diante de um caso hipotético em que corriam risco de serem punidos disseram que prefeririam aceitar a barganha, mesmo sabendo serem inocentes, pois em troca receberiam uma sanção menos grave (DERWAN; EDKINS, 2013, p.28-33). Se isso ocorrerá no Brasil ou não, somente a prática dirá. Mas deve-se tomar todos os cuidados para que os acordos sejam voluntários e sem prejuízo a dignidade do indiciado.

O acordo de não persecução penal surgiu para trazer o direito penal consensual aos crimes de médio potencial ofensivo (MORAIS, 2020, p. 78). Por isso, um dos seus requisitos está ligado à pena mínima do delito praticado pelo agente, que não poderá ultrapassar quatro anos. Ao mesmo tempo, leva-se em conta a natureza da infração (violência ou grave ameaça contra pessoa, violência doméstica, ou praticada contra vítima mulher por questão de gênero, como já visto, afastam o benefício). Trata-se de um requisito cujo teor é objetivo, conforme classificação feita por Assunção (2020, p. 74).

A intenção por detrás dessa estrutura legislativa foi criar uma via negocial de resolução para condutas que não são de competência do JECRIM, mas que, ao mesmo tempo, não possuem um alto nível de reprovabilidade. Em razão disso, o ANPP não pode ser aplicado nos crimes de homicídio, latrocínio, roubo, tráfico de drogas (art. 33) e assim por diante. No entanto, ao contrário do que fez a (já ultrapassada) resolução 138/18 do CNPM, o Pacote Anticrime foi omissivo em relação aos crimes hediondos e equiparados, pois deixou de mencionar uma vedação expressa nesse sentido (MORAIS, 2020, p.98).

A bem da verdade, uma análise da lei 8.072/90, em conjunto com os requisitos do artigo 28-A do CPP, leva à conclusão de que praticamente todos esses delitos hediondos afastam a incidência do acordo de não persecução penal, seja porque possuem penas mínimas muito altas, seja pelo fato de que, em sua maioria, representam condutas praticadas com violência ou grave ameaça à pessoa (MORAIS, 2020, p. 98).

Cabe também ressaltar (e isso será aprofundado mais adiante) que o Ministério Público possui discricionariedade para negar o benefício se entender que a medida é insuficiente para a reprovação e prevenção do crime, mesmo que a



conduta se enquadre nos demais critérios previstos para a aplicabilidade do acordo, o que abrange crimes como corrupção passiva, corrupção ativa, peculato, porte ilegal de arma de fogo, e outros (MORAIS, 2020, pg. 83). Assim, via de regra, o ANPP pode ser aplicável a esses delitos mencionados, cabendo ao MP a análise caso a caso para averiguar exceções.

#### **4.4. Condições do acordo de não persecução penal**

Uma vez preenchidos os requisitos, Ministério Público e investigado firmarão as condições do acordo (ASSUNÇÃO, 2020, p. 74 e 75). A avença pode trazer como condição, de modo cumulado ou alternativo: a) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima (exceto na impossibilidade de fazê-lo); b) renúncia a bens e direitos indicados pelo MP como instrumentos, produtos ou proveito do crime; c) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito (diminuída de um a dois terços), em local indicado pelo juiz (art. 46 do CP), d) pagamento de prestação pecuniária (art. 45 CP) à comunidade ou entidade pública ou de interesse social (de preferência que proteja bens jurídicos iguais ou semelhantes aos lesados pelo ofendido) e, por fim, e) outra condição que o Parquet considerar proporcional e compatível à infração penal imputada.

Sobre o ressarcimento do dano, vale lembrar que alguns crimes são considerados não ressarcíveis, pois o objeto tutelado pelo tipo penal perece completamente após a consumação do delito, tal como nos “crimes ambientais em que não há mais possibilidade de retorno ao status quo ante” (CUNHA, 2020, p. 131).

Existe também a hipótese de o investigado ser hipossuficiente e não poder arcar com o ressarcimento o que, naturalmente, não impede a realização do acordo, dada a possibilidade de se avençar outros tipos de condição. No entanto, seria responsabilidade do indicado provar sua hipossuficiência. Também já há debate sobre a viabilidade de serem incluídos ou não os danos morais no acordo realizado (CUNHA, 2020, p. 130).

Quanto à renúncia dos bens considerados pelo Parquet como instrumento, produto ou proveito do crime, poder-se-ia dizer que a lei criara uma espécie de “confisco autorizado” (CUNHA, 2020, p. 131). Isso talvez traga complicações, uma

vez que não há a mesma instrução probatória presente no processo ordinário, já que cabe ao MP indicar unilateralmente qual patrimônio será confiscado (ASSUNÇÃO, 2020, p. 75). Essa questão, novamente, traz a problemática, outrora comentada, sobre os prejuízos decorrentes da renúncia ao devido processo legal.

Referente à prestação pecuniária, é importante não confundi-la com aquela outra do artigo 45 do CP. A diferença elementar é que a primeira se apresenta como condição exigida para o cumprimento de um negócio jurídico, enquanto que a segunda é uma sanção penal. Tanto o é que, fixada essa cláusula no acordo de não persecução penal e, sendo ela descumprida posteriormente, não poderá o MP executá-la de pronto (cobrando imediatamente o valor devido), pois deverá, na verdade, oferecer denúncia pelo crime cometido (CUNHA, 2020, p. 132) em consequência da quebra da avença.

Importante também lembrar que o inciso V deixa claro que as condições previstas no artigo 28 do CPP são meramente exemplificativas. Ou seja, o Ministério Público poderá propor uma condição que se encaixe melhor ao caso concreto, devendo prezar sempre para que ela não seja abusiva, nem fique aquém do necessário para a repressão e prevenção do delito cometido. Não obstante, competirá ao juiz de garantias analisar se o MP não se excedeu na proposta anuída pelo investigado. (ASSUNÇÃO, 2020, p. 76).

Portanto, embora tenha sido dada essa margem de discricionariedade para as partes, fica patente que as cláusulas não podem violar a legislação, já que a margem de negociação do Parquet é regrada, isto é, sujeita ao ordenamento jurídico. Sendo assim, deve sempre resguardar a dignidade da pessoa humana. Isso faz reforçar os papéis do advogado e do Poder Judiciário durante as negociações, que deverão permanecer atentos para que não ocorra uma má utilização da liberdade negocial inerente ao acordo (VASCONCELLOS, 2020, p. 37 e 38).

Ao mesmo tempo, deve-se ter cuidado para que a autonomia das partes não seja tolhida, pois “nesse modelo de solução de litígios, a liberdade de negociar é considerada ponto central” (SOUZA e CAMPOS, 2019). Doravante, os responsáveis por fiscalizar a higidez do que for avençado precisam guiar a barganha por caminhos juridicamente viáveis sem que, com isso, sufoquem a avença dentro dos seus limites legais, já que chegar a um consenso é responsabilidade do MP e do investigado, assistido por seu defensor. Dito de outra maneira, a livre negociação é essencial, embora esteja limitada pela lei (CUNHA, 2020, p. 134).

#### **4.5. Do procedimento para formalização do acordo**

Como dito, o acordo de não persecução penal é formalizado nos autos do inquérito policial ou PIC (Processo Investigativo Criminal). A formalização da avença ocorre com as assinaturas do membro do Ministério Público, do investigado e do advogado (§ 3º, do artigo 28-A, CPP). Após isso, o acordo é enviado ao juiz (de garantias) para análise da legalidade e voluntariedade das cláusulas (art. 3º-B, inciso VII, também do CPP), o que será feito em audiência pessoal com o réu e seu defensor. O MP não está presente justamente para que o indiciado não se sinta pressionado pela presença do Parquet, como bem destaca Moraes (2020, p. 91).

A partir daí o magistrado terá três opções (CUNHA, 2020, p. 136 e 137). A primeira é homologar a avença e devolver os autos ao membro do MP para que ele promova a execução junto à Vara de Execuções Penais (§ 6º, do artigo 28-A) e, logo em seguida, o juiz mandará intimar a vítima (§ 9º). A outra seria entender que as condições do acordo foram inadequadas, insuficientes ou abusivas e, por isso, devolvê-lo ao MP para que, havendo anuência do indiciado e seu advogado, seja feita uma renegociação (§ 5º) dos termos fixados. Por fim, pode recusar a homologação se compreender que os requisitos legais de aplicabilidade e voluntariedade não foram preenchidos ou quando, na hipótese do item anterior, não tiverem sido realizadas as adequações necessárias (§ 7º).

É possível, ainda, fazer uma crítica em relação ao juízo responsável pela execução do acordo. Quem o homologa é o juiz de garantias, mas o seu cumprimento é de responsabilidade da Vara de Execuções Penais. Essa arquitetura legislativa, segundo Cunha (2020, p. 132) foi um erro crasso, pois o acordo fixa condições combinadas voluntariamente, que não se confundem com sanções penais. Na opinião do jurista, “a execução deveria ficar a cargo do Ministério Público (como determina a Res. 181/17) ou do juízo de conhecimento”.

Uma vez cumpridas todas as condições, o indiciado será beneficiado com a extinção da punibilidade (art. 28 - A, § 13º). No entanto, se descumpridas quaisquer das cláusulas do acordo, o Ministério Público deverá comunicar o juízo “para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia” (§ 8º). O Parquet também poderá usar o descumprimento como motivação para negar a concessão de eventual suspensão condicional do processo (§ 11º) (CUNHA, 2020, p. 138).

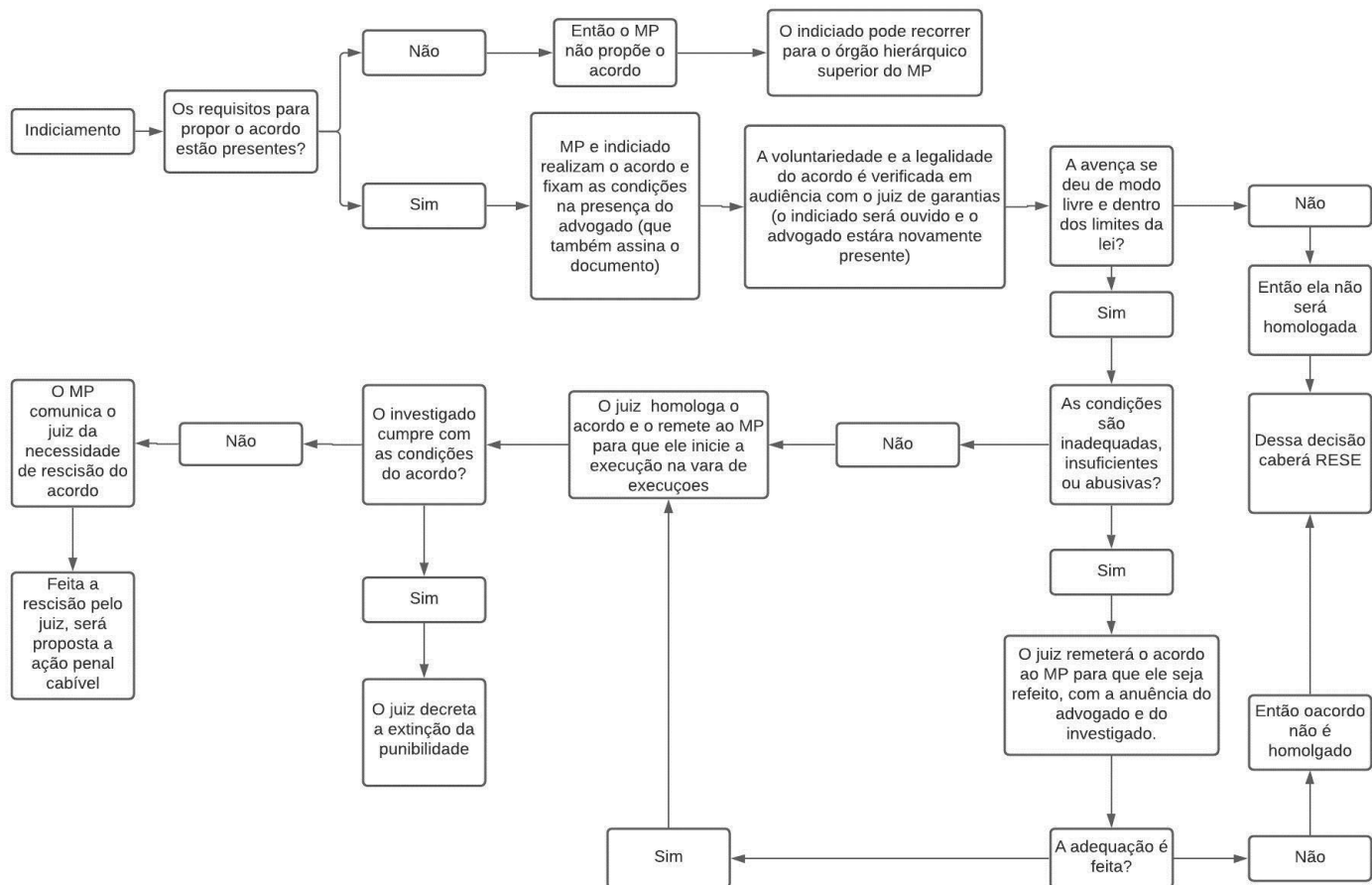
Aqui, a problemática da possível violação ao *nemo tenetur se detegere* se ergue novamente. Questiona-se a possibilidade do MP poder ou não utilizar a confissão feita pelo investigado que descumpriu o acordo em processo posterior, caso ele seja denunciado novamente. Morais (2020, p. 81), citando o enunciado nº 24 da PGJ de Minas Gerais, se posiciona a favor desta utilização e menciona que essa prática já ocorre na colaboração premiada, outro instituto de direito penal consensual vigente no Brasil. O assunto é novo, mas certamente a jurisprudência e a doutrina formarão novos entendimentos sobre o tema no decorrer dos anos.

É relevante também discutir se o ANPP é ou não direito subjetivo do indiciado. Visando dirimir a dúvida, a PGJMG proferiu o enunciado nº 21, onde diz que o acordo de não persecução penal é uma “prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado”. No entanto, já há jurisprudência em sentido contrário (PARANÁ, 2020). Novamente, a recente positivação do instituto deixa lacunas que poderão ser preenchidas com a criação de enunciados e súmulas, mas isto ainda demandará um amadurecimento dos Tribunais e estudiosos sobre a temática (MORAIS, 2020, p. 100).

Importante dizer que da decisão que nega homologação ao acordo cabe recurso em sentido estrito. Esta previsão foi introduzida também pelo Pacote Anticrime e trouxe mais uma hipótese para utilização do RESE. A previsão legal está no artigo 528, inciso XXV do Código de Processo Penal (CUNHA, 2020, p. 137)

E se o MP, dentro da sua discricionariedade, optar por negar o ANPP ao investigado? Se isto acontecer, ele poderá recorrer para a Câmara de Revisão (no âmbito federal) ou para a Procuradoria-Geral de Justiça (no âmbito distrital/estadual), conforme previsto do § 14º do artigo 28-A do CPP (MORAIS, p. 98 e 99).

Em resumo, pode-se resumir o procedimento descrito no artigo 28-A do CPP da seguinte forma:



Disto, pode-se concluir que o ANPP possui relação com outra inovação trazida pela Lei, qual seja, o juiz de garantias, uma vez que ele é quem julgará a procedência ou não do acordo. Ao mesmo tempo, percebe-se uma estrutura pautada no contraditório e na ampla defesa, cabendo RESE para decisão que não homologar o acordo e recurso para o órgão superior do MP em caso do promotor não propor avença. Nota-se, ainda, uma preocupação com a voluntariedade e a legalidade do que será combinado entre indiciado e Ministério Público, algo essencial no âmbito negocial.

## **5. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROBLEMA: (IN) APLICABILIDADE DO ANPP AOS CRIMES DE CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA.**

Relembrando, um dos requisitos para aplicação do acordo de não persecução penal é que ele seja suficiente, no caso concreto, para repressão e prevenção do delito cometido. Ao mesmo tempo, o artigo 28-A proibiu o uso do ANPP em determinados tipos de crime (como os praticados com violência e grave ameaça à vítima e os cometidos no contexto de violência doméstica ou contra mulher por razões de gênero). O motivo dessas limitações foi evitar que infrações altamente danosas à sociedade sejam abarcadas por esse benefício.

Ocorre que tais impedimentos, como frisa Moraes (2020, p 82), têm o objetivo de afastar absurdos e refletem a intenção do legislador em contemplar somente os crimes de médio potencial ofensivo. Do contrário, roubadores confessos responderiam apenas com o pagamento de prestação pecuniária e com a restituição do bem roubado, apesar da gravidade da conduta. Ou seja, se não fossem essas restrições haveria uma violação ao princípio da proporcionalidade, fato que poria em descrédito não só a justiça criminal, mas também o próprio corpo social como um todo (MORAIS, 2020, p.82).

Não obstante, existem dois crimes que, apesar de ofenderem de modo considerável a ordem social, continuam abrangidos pelo acordo de não persecução penal. São eles, justamente, os delitos de corrupção passiva e ativa (NUCCI, 2020, p.511). Portanto, deve-se ponderar se o acordo de não persecução penal pode ser aplicado a esses delitos que preenchem de modo geral os requisitos formais de aplicabilidade deste instituto (BRASIL, 2019), apesar dos males consideráveis que causam à sociedade.

Atualmente o quantum mínimo desses delitos faz com que, em tese, possa-se aplicar a eles o ANPP (BRASIL, 1940). A exceção de inaplicabilidade seria naquela hipótese, já abordada, em que o Ministério Público entende pela insuficiência da medida para prevenção e repressão do crime cometido (BRASIL, 2019). Assim sendo, tal como está a lei, competiria ao Parquet analisar caso a caso. Ou seja, a discricionariedade dada ao membro do MP define, na prática, se corrupto e corruptor serão ou não beneficiados com o acordo de não persecução penal.

Mas convém refletir se a avença, cujas cláusulas são mais brandas do que a pena privativa de liberdade, representam uma realidade favorável ao interesse

público. Nessa análise se deve considerar, além das formalidades legais, o aspecto material envolvido nos crimes contra a administração pública, pois ainda que haja um pequeno dano patrimonial, a corrupção já trouxe consigo um prejuízo moral para o Estado e a sociedade (NUCCI, 2015, p. 09). Este fator traz aos delitos dos artigos 317 e 333 um peso maior.

Isso porque lesividade ao bem jurídico, nesses casos, não pode ser mensurada pura e simplesmente de um ponto de vista patrimonial ou formalista, pois o princípio da moralidade, de teor constitucional, se impõe exigindo do agente público obediência à ética profissional prevista em lei (DE MORAIS, 2020, p. 367). Isto é, uma vez se corrompendo o agente, este já falhou e prejudicou, com sua conduta, não só o erário, mas a higidez da conduta estatal (BITTENCOURT, 2020, p. 112). A moral pública, devido a sua importância social, parece ser imensurável de um ponto de vista estritamente monetário.

O que se visa ponderar, assim, é se a aplicabilidade do ANPP aos crimes de corrupção não traria uma deturpação de um instrumento despenalizador que, ao invés de gerar simplificação traria, em sentido reverso, uma repreensão deficiente, visto que as cláusulas acordadas não corresponderiam à lesividade do delito (MORAIS, 2020, p.82). Dito de outro modo, a condição ofertada pelo MP estaria aquém da gravidade da conduta. Dessa forma, poderia surgir um modelo efficientista, pautado num utilitarismo prático, preocupado com o maior rendimento possível (CAMPOS, 2012, p. 7-8) e em detrimento, inclusive, do próprio garantismo penal.

Ademais, aplicar o acordo de não persecução penal na hipótese dos artigos 317 e 333 do CP pode significar um contrassenso. Proíbe-se de modo irrestrito o uso do ANPP no crime de roubo, que prejudica um cidadão, mas se admite tal acordo para o crime de corrupção, que afeta centenas, milhares, e às vezes centenas de milhares de pessoas (NUCCI, 2015, p. 07). Afinal, como já dizia Pe. Antônio Vieira (1655, canto nº V): “os outros ladrões roubam um homem: estes roubam cidades e reinos; os outros furtam debaixo do seu risco: estes sem temor, nem perigo”.

Sendo assim, ainda que não haja emprego de violência ou grave ameaça na conduta do corrupto, fica claro o alto prejuízo que o ato de corrupção traz para a sociedade (NUCCI, 2020, p. 514). Tanto é assim que o STJ não aplica mais o princípio da insignificância a esse tipo de delito (MASSON, 2019, p.616) em razão da súmula 599. Eis o seu teor: “o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública”.



Nesse viés, ainda que haja o ressarcimento do patrimônio desviado, por exemplo, analisa-se segundo esta visão se o bem jurídico tutelado não permanece ofendido. Os tipos penais de corrupção ativa e passiva, como já dito, procuram defender a ética no serviço público e não tão somente o patrimônio público (NUCCI, 2020, p. 513). E de fato, alguns valores são tão importantes à sociedade que não podem ser mensurados economicamente, tais como a vida, a saúde, a segurança nacional e, no raciocínio trazido até então, o funcionamento escoreito da Administração.

No entanto, deve-se também considerar os argumentos contrários a essa visão. O próprio STF já tem precedentes onde se decidiu que a simples prática de crime contra administração pública não significa, necessariamente, ausência inequívoca de tipicidade material e, por isso, poderia caber normalmente o princípio da bagatela (XAVIER, 2013, p. 16).

Por exemplo, no HC 112388 SP, julgado pela segunda turma do STF, e de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, determinou-se a absolvição de réu acusado pela prática de peculato-furto. O acusado, na condição de carcereiro policial, apropriou-se de um farol de milha avaliado em R\$ 13,00 (treze reais). Ao final, ficou vencido o relator, que defendeu justamente a posição sumulada pelo STJ, aqui já comentada (BRASIL, 2012).

Em seu voto, o Min. Lewandowski disse que: o “tipo penal acima descrito não tem como pressuposto a ocorrência de um prejuízo econômico objetivamente quantificável, uma vez que o principal bem jurídico é a proibidade administrativa”. Estavam presentes na sessão os ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso. Este último ressaltou, de forma contrária, que a própria Administração ressalva prejuízo ao erário quando de pequena monta no âmbito tributário, e entendeu que o caso em julgamento era análogo nesse teor (BRASIL, 2012). O réu, na hipótese, foi absolvido; coisa que não ocorreria no STJ.

Em outro caso, desta vez no HC 107370 SP, também julgado pela segunda turma do STF, o relator, desta vez o ministro Min. Gilmar Mendes, defendeu a aplicação do princípio da insignificância em caso também de peculato, onde o agente subtraiu objetos avaliados em pouco mais de cem reais.

Disse o seguinte: “não é razoável que o direito penal e todo o aparelho do Estado Polícia e do Estado-juiz movimentem-se no sentido de atribuir relevância típica a subtração de objetos da Administração Pública, avaliados no montante de



R\$ 130,00 (cento e trinta reais), e quando as condições que circundam o delito dão conta da sua singeleza, miudeza e não habitualidade”.

Isso leva a concluir que há divergência entre o Pretório Excelso (BRASIL, 2011) e o Tribunal da Cidadania no que diz respeito a exigibilidade ou não de dano patrimonial para configuração de crime contra a Administração Pública.

A fim de aprofundar a discussão, pode-se citar também a Lei de Improbidade Administrativa. A Lei 8.429/92 dispensa a necessidade de prejuízo ao erário para caracterização de improbidade administrativa que atente contra os princípios da Administração Pública (BRASIL, 1992). Deste modo, o ato de improbidade permanece mesmo que o resultado material não ocorra, já que do contrário haveria um esvaziamento do artigo 11 desta lei (MARQUES, 2020, p. 323). Parece haver então um reconhecimento de um aspecto moral, que vai além da perspectiva material (NUCCI, 2020, p. 520).

De qualquer modo, a gravidade da corrupção no Brasil é inegável. Também é fato a realidade de que o Direito “pode atuar independentemente como fator” (MAIRAL, 2015, p. 30), que fortalece os corruptos caso favoreça a impunidade, seja pela ausência de punição ou, ainda, pela imposição de sanções desproporcionais. Esse quadro, em uma sociedade como a brasileira, seria no mínimo contraproducente. Assim, sabendo que a expansão do direito penal negocial vem ocorrendo rapidamente no Brasil (Morais, 2020, p. 79), deve-se refletir sobre os efeitos colaterais que essas inovações podem trazer nessas hipóteses.

Sabe-se que o acordo de não persecução penal surgiu com um objetivo legítimo: fomentar a resolução mais célere dos processos. Essa motivação, no entanto, se mal aplicada pode gerar prejuízos. Afinal, para além de rápido, o julgamento deve ser justo e não haverá justiça se as punições aplicadas forem aquém do que o bem jurídico tutelado exigir quando violado.

Nesse viés, pertinente a colocação de Vasconcellos (2020, p. 154): “a ideia de eficiência integra o lastro teórico primordial da sumarização de procedimentos por meio de mecanismos negociais (...) inclusive, como ensejador de um ‘fast food jurisdicional’ que moldou o preceito da justiça criminal à compulsão por eficiência, caracterizando o fenômeno denominado ‘McJustice<sup>6</sup>’”. Assim, celeridade a todo

---

6 Termo criado a partir da rede de fastfood “McDonalds”, que serve lanches rápidos, porém com baixo teor nutritivo.

custo é um problema. Logo, tendo em vista a natureza do acordo de não persecução penal, a importância da moralidade pública como bem jurídico e o objetivo por detrás das tipificações dos crimes de corrupção ativa e passiva, passa-se às considerações finais.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Na introdução, foram propostas algumas hipóteses. Em resumo, elas eram as seguintes: a) o ANPP é inconstitucional; b) o ANPP é aplicável aos crimes de corrupção, devendo-se manter a discricionariedade do MP, que analisaria caso a caso; c) o ANPP é inaplicável aos crimes de corrupção, cabendo ao magistrado punir o réu conforme o necessário a repressão e prevenção do delito. Agora, com o amadurecimento do raciocínio, será possível voltar para essas possibilidades para uma análise mais aprofundada.

Não há como falar em inconstitucionalidade, seja material ou formalmente. A antiga crítica de que o ANPP é inconstitucional perdeu razão de ser com a positivação desse instituto. A obrigatoriedade da ação penal pode ser relativizada sem que a atribuição do Ministério Público seja lesada, havendo na legislação vários exemplos disso, sobretudo no âmbito dos crimes de baixo teor ofensivo. Portanto, a primeira hipótese fica para nós descartada.

A segunda hipótese já traz uma complexidade maior. Ela pressupõe a manutenção do status quo, isto é, que o acordo de não persecução penal continue sendo aplicado aos crimes de corrupção. Todavia, entendemos que a realização de um acordo no lugar do processo penal será insuficiente para a prevenção e repressão dos delitos mencionados. Por questão de política criminal, parece-nos desacertado afastar uma pena restritiva de liberdade, nestas hipóteses, pois o bem jurídico tutelado é de importância elevada.

Obviamente, um trabalho de conclusão de curso é insuficiente para resolver de modo definitivo a problemática proposta. Mas, na nossa singela opinião, a terceira hipótese se apresenta mais correta. Entendemos que há uma desproporcionalidade na aplicação do acordo de não persecução penal nos casos de corrupção, pois esta espécie de delito possui gravidade que exige tratamento especial. Isto posto, a leitura caso a caso poderá ser feita na dosimetria da pena, podendo o magistrado fixar uma reprimenda menor ou maior a depender do ocorrido, bem como efetuar, uma vez preenchidos os requisitos, a substituição prevista no artigo 44 do CP.

Afinal, longe de um crime de médio potencial ofensivo, a corrupção representa uma grave ofensa aos princípios republicanos que não pode deixar de ser punida dentro do exigido. Dentro dessa lógica, não nos propomos a falar em punitivismo, ou num clamor social cego, ambos perigosos à Democracia. O que desejamos é a

proporcionalidade, ou seja, a aplicação de uma sanção que seja proporcional à lesividade do crime efetuado.

Outro fato a ser ponderado reside sobre um tópico não abordado até então, mas de importância: o encarceramento em massa. De fato, não há como negar a péssima situação do sistema carcerário brasileiro. No entanto, poucos são os presos por crimes de colarinho branco. Segundo relatório feito pelo CNJ em 2018 (o mais recente até então), somente 1,46% dos presos no Brasil eram condenados por delitos contra a administração pública (BRASIL, 2018, p.47). Logo, a sobrecarga das penitenciárias nacionais não parece um argumento consistente contra a inaplicabilidade do ANPP nos delitos de corrupção.

Entendemos, assim, que a busca por celeridade e desburocratização não pode sacrificar o conteúdo da justiça oferecida à sociedade, pois fazê-lo seria trocar um problema por outro. Com efeito, “a cada conduta corrupta impunida, outras várias proliferam – como a praga” (NUCCI, 2015, p. 8). Assim, não só a repressão parece desproporcional, como a prevenção pode ficar prejudicada também, na hipótese do ANPP incidir sobre os delitos do 317 e 333 do CP. Portanto, diante do exposto até aqui, concluímos ser melhor a inaplicabilidade desse instituto aos casos de corrupção.

Entretanto, sabendo que nossa opinião está longe de ser verdade absoluta, pede-se à Academia a releitura e a crítica construtiva aos argumentos tecidos até então, na esperança de que, assim, possa-se chegar a um resultado melhor para a sociedade em geral.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Pacote Anticrime**: comentários à lei n.13.964/2019. 1ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591514/>. Acesso em: 14 out. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial 5: crimes praticados contra a administração pública e crimes praticados por perfeitos. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609215/>. Acesso em: 16 out. 2020.

BIASON, Rita da Cássia. A Corrupção na História do Brasil: Sentidos e Significados. **Revista da AGU**, Distrito Federal, v. 11, n. 19, p. 75-83.

BREI, Zani Andrade. Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. **Revista de Administração Pública**, v. 30, n. 1, p. 64-77, 15 abr. 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Dispõe sobre o Código Penal brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 23 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941**. Dispõe sobre o Código de Processo Penal brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 23 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.964, de 24 de Dezembro de 2019**. Introduce uma série de mudanças na legislação penal e processual penal por meio do chamado pacote anti crime. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 23 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp n. 1.745.410**. Sexta Turma. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Marcelo Rodrigo dos Santos e Housseim Ali Ahmad. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Relatora para acórdão: Min. Laurita Vaz. Brasília, 23 de Outubro de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/641246386/recurso-especial-resp-1745410-sp-2017-0007371-4/inteiro-teor-641246407>. Acesso em: 02 nov. 2020..

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **HC 107370 SP**. Segunda Turma. Paciente: Getúlio Guardiano Cardoso. Impetrante: Defensoria Pública de São Paulo. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 22 de Junho de 2011. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4033691> . Acesso em: 02 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **HC 112388 SP**. Segunda Turma. Paciente: Antonio Carlos de Oliveira. Impetrante: José Hercules Ribeiro de Almeida. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 21 de Outubro de 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4203157>. Acesso em: 02 nov. 2020.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargain e justiça comum consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis, Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. 2012. Disponível em: [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf). Acesso em: 04 abr. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial: arts. 213 a 359 – H. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Ebook disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619221/>. Acesso em: 18 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões 2.0 e Cadastro Nacional de Presos. **Site Oficial do CNJ**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

CONFEDERAÇÃO SUÍÇA. **Código Penal Suíço, de 21 de Dezembro de 1937**. Berna, 2021. Disponível em: [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757\\_781\\_799/fr](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/fr) . Acesso em: 14 abr. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**. 1ª Ed. Salvador. Juspodium, 2020.

DE MELO, João Ozório. **Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA**. In: Site Consultor Jurídico (Conjur). 15 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>. Acesso em: 20 de mar. 2021.

DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, São Paulo, n. 100, p. 19-40, maio 1992.

DERVAM, Lucian E; EDKINS, Vanessa A. The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 103, n. 1, U.S.A (Illinois), 2013.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. A Comparative Study of Negotiation in Criminal Procedure Between Brazil and the United States of America. **University of Baltimore Journal of International Law**. Baltimore, Maryland, USA, v. 4, no. 2, p. 61-92.

FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opinião Pública**. Campinas, v. 15, n 2, Novembro, 2009, p.386-421.

G1. **Brasil repete nota e piora m ranking de corrupção em 2019**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/01/23/brasil-repete-pior-nota-em-2019-e-cai-em-ranking-de-corrupcao.ghtml>. Acesso em 20 mar. 2021.

GESETZE IM INTERNET. **German Code of Criminal Procedure**. Berlin, 2021. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stpo/englisch\\_stpo.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html). Acesso em: 14 abr. 2021.

JESUS, Damásio de. ESTEFAM, André. **Direito Penal 4: parte especial: crimes contra a fé pública e crimes contra a Administração Pública – arts. 289 a 395-H do CP**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Ebook disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553619900>. Acesso em: 18 out. 2020.

LAGEN, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. **Havard International Law Journal**. Cambridge, Massachussets, USA, v. 45, n.1, p. 1-64.

MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito Penal**. 16ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 4, p. 332.

MAIRAL, Héctor A. **As raízes da corrupção: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la**. 1ª Ed. São Paulo: Contracorrente, 2018.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto – SP, v. 3, n. 1, p. 104-120, 2016.

MARQUES, Mauro Campbell. **Improbidades administrativas – temas atuais e controvertidos**. Rio de Janeiro, 2016. Ebook disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530972653>. Acesso em: 30 abr. 2021.

MARTINS, Priscila Machado; GARCIA, Paulo Sérgio. A corrupção pública e os principais crimes contra a Administração Pública e Ela associados: peculato, concussão e corrupção passiva. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto – SP, v. 27, n.1, p. 278-299, jan/abr. 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte especial – Vol. 03 (arts. 213 a 359-H)**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530986339> . Acesso em: 20 out. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO GONET, Paulo Gustavo Branco Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Série IDP.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610945/>. Acesso em 20 out. 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. MARTINEZ, Ana Maria. **Pacote Anticrime**: comentários críticos à lei 13.964/2019. 1ª ed. São Paulo. Atlas, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025002/>. Acesso em: 20 out. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Centro de Aperfeiçoamento do Poder Judiciário. **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil – 2015**. Disponível em: <https://anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf> . Acesso em: 02 nov. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36.ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024913/>. Acesso em: 20 out. 2020.

NETTO, Salvador. VELLUDO, Alamiro. BRUNI, Aline Thais. MORAIS, Hermes Duarte. AMARAL, Claudio do Prado. SAAD-DINIZ, Eduardo. **Pacote Anticrime**: comentários à lei n. 13.694/2019. 1ª ed. São Paulo. Eduardo. Grupo Almedina, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556270579/>. Acesso em: 22 out. 2020.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo, Saraiva, 1992.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte especial – arts. 213 a 316 do Código Penal. 3ª. ed. Rio de Janeiro, 2019. Ebook disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530983239>. Acesso em: 18 out. 2020.

\_\_\_\_\_, Guilherme de Souza Nucci. **Corrupção e anticorrupção**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal**. 1ª Ed. São Paulo: Almedina, 2015.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro V. **Universidade de Coimbra**. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>: Acesso em: 20 mar. 2021.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Criminal. **AC 0001196-42.2016.8.16.0060**. 2ª Câmara Criminal. Apelante: Jelson Pilarski. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná e Elizeu Komineck. Relator: Desembargador Laertes Ferreira Gomes. Curitiba, 17 de Julho de 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000012887471/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0001196-42.2016.8.16.0060>. Acesso em: 02 nov. 2020.

RIBEIRO, Isolda Lins. Patrimonialismo e Personalismo: a gênese das práticas de corrupção no Brasil. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XIX, 2010, Fortaleza. **Anais**. Fortaleza: CONPEDI, 2010.



Risk & Compliance Portal. **Brazil Corruption Report. 2020**. Disponível em: <https://www.ganintegrity.com/portal/country-profiles/brazil/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal. **APR 20090179986**. Segunda Câmara Criminal. Apelante: Fábio Tauffer. Apelado: Ministério Público. Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva. São Miguel do Oeste, 30 de Novembro de 2010. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora). Acesso em: 20 mar. 2021.

SOUZA, Renee de Ó. **Acordo de não persecução penal: o papel da confissão e a inexistência de plea bargain**. Consultor Jurídico, janeiro 2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistencia-plea-bargain](http://www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistencia-plea-bargain). Acesso em: 02 nov. 2020.

ROMEIRO, Adriana. **Corrupção e poder no Brasil: uma história séculos XVI a XVIII**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. **Revista de Direito Internacional (Uniceub)**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 376 – p. 394.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice de Percepção da Corrupção 2019. In: INTERNATIONAL TRANSPARENCY. **Site da International Transparency**. Berlin, 2020. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/67:indice-de-percepcao-da-corrupcao-2019?stream=1> . Acesso em: 20 mar. 2021.

TEIXEIRA, Juliana Ferrer. **Corrupção passiva: análise do artigo 317 do Código Penal e sua relação com as Leis n. 8.429/92, n. 9.613/98**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão de consenso no processo penal brasileiro**. 2ª Ed. São Paulo: D'Plácido, 2020.

VIEIRA, Antonio. **Sermão do Bom Ladrão**. Ladrão. Santa Catarina, UFSC. Ebook disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/fs000025pdf.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: Instruto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), 2015.

World Economic Forum. **Global Competitiveness index 2017-2018**. Genebra, 2017. Disponível em: <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index-2017-2018/competitiveness-rankings/#series=GCI.A.01.01.02>. Acesso em: 20 mar. 2021.

WEIGEND, Thomas. TURNER, Jenia Iontcheva. The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany. **German Law Journal**, Berlin, v.15, n. 1, p. 81-105, 2014.

XAVIER, Fernanda Borges. **A aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública**. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ), 2013.

**Apêndice A – Título**

**Ou**

**APÊNDICE A - TÍTULO**