

O acordo de não persecução penal como instrumento de efetividade do princípio da proporcionalidade

The non-prosecution agreement as an effective instrument of the principle of proportionality

Giovana Silveira Silva*

RESUMO

O presente trabalho analisa a inobservância do princípio da proporcionalidade em abstrato na tutela dos bens jurídicos e propõe o acordo de não persecução penal (ANPP) como solução pragmática para o problema. O ANPP é conceituado e detalhado em suas principais características, além de ser exposto o seu contexto de surgimento e as críticas e elogios tecidos pela doutrina a seu respeito. Os conceitos de bem jurídico formulados por Claus Roxin e Günter Jakobs foram comparados, adotando-se um deles para que se pudesse analisar como o direito penal protege excessivamente alguns bens jurídicos de menor relevância para a vida em sociedade e tutela de forma insuficiente alguns bens de grande valia social. Da análise da legislação penal, observa-se que não só os bens jurídicos são mal sopesados pelo legislador, como também a gravidade da conduta lesiva. A pesquisa também aponta para o conceito do princípio constitucional implícito da proporcionalidade e descreve como ele deveria ser aplicado na seara penal no tocante à cominação das penas. Partindo desse princípio, alguns crimes são comparados em suas sanções abstratas e bens jurídicos protegidos para evidenciar a carência de proporcionalidade no ordenamento jurídico que, por ser uma unidade sistemática, não deveria abrigar, em si, incoerências entre as partes que o compõem. O acordo de não persecução penal, enquanto instituto de política criminal que nasceu da necessidade de otimização do sistema penal, é apontado como instrumento pragmático de correção das desproporções apontadas e, para verificar a aplicabilidade da hipótese sustentada neste trabalho, foram analisados dados quantitativos das propostas de ANPP pelo Ministério Público Federal no ano de 2021. O método utilizado no trabalho foi o hipotético-dedutivo, com a consulta de doutrina, legislação, artigos científicos e dados de aplicação do ANPP fornecidos pelo Ministério Público Federal.

Palavras-chave: acordo de não persecução penal; bem jurídico; proporcionalidade em abstrato; ordenamento jurídico.

ABSTRACT

The present work analyzes the non-observance of the principle of proportionality in the abstract in the protection of legal interests and proposes the non-prosecution agrment (ANPP) as a pragmatic solution to the problem. The ANPP is conceptualized and detailed in its main characteristics, in addition to exposing its context of emergence and the criticism and praise made by the doctrine about it. The concepts of legal interest formulated by Claus Roxin and Günter Jakobs were compared, adopting one of them so that it could be analyzed how criminal law excessively protects some legal interests of lesser relevance to life in society and insufficiently protects some assets of great social value. From the analysis of the criminal

Artigo submetido em 15 de janeiro de 2023 e aprovado em 21 de agosto de 2023

*Advogada. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: giovanass2000@gmail.com.

legislation, it is observed that not only the legal interests are poorly weighed by the legislator, but also the seriousness of the harmful conduct. The research also points to the concept of the implicit constitutional principle of proportionality and describes how it should be applied in the criminal field in terms of committing penalties. Based on this principle, some crimes are compared in their abstract sanctions and protected legal assets to highlight the lack of proportionality in the legal system which, as a systematic unit, should not harbor, in itself, inconsistencies between the parts that compose it. The criminal non-prosecution agreement, as a criminal policy institute that was born from the need to optimize the penal system, is seen as a pragmatic instrument for correcting the disproportions pointed out and, to verify the applicability of the hypothesis sustained in this work, quantitative data of the proposals were analyzed of ANPP by the Federal Public Ministry in the year 2021. The method used in the work was the hypothetical-deductive, with the consultation of doctrine, legislation, scientific articles and application data of the ANPP provided by the Federal Public Ministry.

Keywords: non-prosecution agreement; legal asset; proportionality in abstract; legal system.

1 INTRODUÇÃO

O acordo de não persecução penal é um instituto jurídico recentemente introduzido na legislação brasileira, cujo objetivo é não deflagrar a ação penal contra o investigado de determinado crime. Ele pode ser aplicado a uma grande quantidade de delitos e a sua proposta, bem como seus requisitos, são alvo de elogios e de críticas pelos estudiosos e operadores do direito.

O presente trabalho, oriundo da monografia orientada pelo Professor Doutor Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão, e apresentado à banca examinadora em 09 de junho de 2022, pretende tratar o acordo de não persecução penal como contrapeso ao poder punitivo estatal em relação às penas cominadas em inobservância do princípio da proporcionalidade. Para isso, a pesquisa foi desenvolvida em cinco partes, sendo a primeira esta introdução.

Na segunda parte foram apresentadas as principais características do acordo de não persecução penal, os seus requisitos legais, a natureza jurídica, o contexto de surgimento do acordo e os principais argumentos contra e a favor da sua aplicação.

A terceira parte explora a definição de bem jurídico, a sua relação com a Constituição de 1988 e os limites impostos ao legislador ao selecionar quais bens serão merecedores da tutela penal. Ainda sobre a limitação do poder de legislar, foram traçadas considerações acerca do princípio da proporcionalidade, mais especificamente a proporcionalidade em sentido estrito.

A quarta parte discorre sobre o ordenamento jurídico enquanto unidade sistemática, a fim de que se possa encontrar soluções à falta de proporcionalidade entre as normas que o compõem dentro de seu próprio bojo.

Esse capítulo ainda trata a interdisciplinaridade entre as ciências penais e como o intercâmbio entre suas ramificações culminou no nascimento do acordo de não persecução penal.

Por fim, o capítulo analisa dados de aplicação do acordo de não persecução penal no âmbito do Ministério Público Federal, destacando os crimes que ensejaram o maior número de propostas, descrevendo os bens jurídicos que protegem e as penas previstas para as infrações penais.

Esses crimes foram comparados com o de lesão corporal grave, cujo bem jurídico, pelo menos em tese, deveria receber tutela estatal mais severa, a fim de demonstrar a desproporção na cominação de penas para lesões diversas a bens jurídicos de valores sociais diferentes.

A última parte apresenta as conclusões desta pesquisa, respondendo se o acordo de não persecução penal pode ser um instrumento prático ou, em outras palavras, de efetividade do princípio da proporcionalidade.

O método utilizado no trabalho foi o hipotético-dedutivo, sendo consultadas como fontes a doutrina, artigos de periódicos, a própria legislação penal e processual penal, teses de mestrado e dados do Sistema Único do Ministério Público.

2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

2.1 Características

O acordo de não persecução penal (ANPP), previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, é um negócio jurídico processual por meio do qual o investigado pela prática de determinado crime tem a possibilidade de pactuar com o Ministério Público a não continuidade da persecução criminal em juízo. (Nucci, 2021)

O ANPP é um “instrumento de ampliação do espaço negocial, pela via de acordo entre MP e defesa, que pressupõe a confissão do acusado pela prática de crime sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 anos” (Lopes Junior, 2020, p. 314).

A fim de verificar se a pena mínima cominada ao delito permite a celebração do acordo de não persecução penal, deve incidir sobre ela as causas de diminuição em seu máximo e as causas de aumento no mínimo.

Além do requisito da pena mínima até quatro anos, ainda são exigidas as condições de admissibilidade da acusação e que as condições impostas pelo acordo sejam “suficientes para a reprovação e prevenção do crime” (Lopes Junior, 2020, p. 316), ou seja, proporcionais.

Se a pena cominada à infração penal permitir a proposição de transação penal, o ANPP não poderá ser aplicado, tendo em vista a ordem de preferência do primeiro instituto despenalizador, por ser mais benéfico ao imputado (Lopes Junior, 2020).

Também não será aplicado o acordo se o imputado for reincidente, tiver usufruído da transação penal, da suspensão condicional do processo ou sido contemplado pelo próprio ANPP nos últimos cinco anos, bem como se ele exercer conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional, salvo se os crimes anteriores forem insignificantes.

O acordo de não persecução penal não será aplicado se o crime praticado se tratar de violência doméstica ou familiar, ou se constituir violência de gênero, ainda que tenha pena mínima cominada não superior a quatro anos. (Lopes Junior, 2020)

Presentes indícios de autoria e prova da materialidade, bem como os requisitos acima expostos, o Ministério Público oferecerá o acordo de não persecução penal ao imputado que, aceitando as condições acordadas com o Parquet, não será denunciado, como seria na marcha procedimental clássica.

Quanto ao oferecimento do acordo, há discussão sobre ser direito público subjetivo do imputado ou ato discricionário do Ministério Público. A primeira interpretação possível é que apesar de o oferecimento do ANPP ser um poder do Ministério Público, é um poder regulado. (Wunderlich, *et al.*, 2020)

Segundo esse posicionamento, “quando o investigado preenche todos os requisitos legais (subjetivos e objetivos), ele passa a ser portador de um efetivo direito público subjetivo ao acordo, que só lhe pode ser subtraído mediante justificativa idônea e fundamentada.” (Wunderlich, *et al.*, 2020, p. 51)

A segunda interpretação possível é totalmente contrária e sustenta que o Ministério Público possui o “poder-dever” de fazer uma análise criteriosa da suficiência do acordo para fins de realização da justiça penal e de atendimento das finalidades de prevenção geral e especial

da persecução penal. Esse juízo seria discricionário, desde que devidamente fundamentado. (Mota, 2020, p. 168)

O acordo de não persecução penal será cumprido perante a Vara de Execuções Criminais e, tão logo adimplidas as suas condições, acarretará a extinção da punibilidade do imputado. Por outro lado, o descumprimento das cláusulas do ANPP resultará no oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

A natureza jurídica do acordo é de “negócio jurídico processual” (Lopes Junior, 2020, p. 320), pois se trata de “um acordo de vontades, em que há concessões recíprocas”. (Mota, 2020, p. 165)

Quanto à atuação do juiz no ANPP, embora não lhe seja possível estabelecer ou alterar o conteúdo do acordo, é ele o responsável por garantir os direitos fundamentais do investigado, verificando os limites de atuação do Ministério Público e a pertinência das cláusulas do acordo ao caso concreto, zelando pela real liberdade de negociação entre as partes.

Ressalte-se que o juiz não tem função meramente fiscalizadora, mas confere eficácia ao acordo de não persecução penal, uma vez que ele só produz efeitos a partir da homologação judicial. (Mota, 2020)

Outro agente importante na celebração do acordo de não persecução penal é o defensor do imputado. Além da defesa técnica ser imprescindível por força de lei, é a sua presença que garante o equilíbrio da relação negocial (Mota, 2020).

A consciência e a voluntariedade, a ausência de vícios de vontade, a compreensão do conteúdo do acordo e das consequências da sua aceitação são requisitos de validade do ANPP não expressos no texto do artigo 28-A do Código de Processo Penal (Mota, 2020), incumbindo à defesa verificá-los no caso concreto.

2.2 Contexto de surgimento do acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal surgiu no ordenamento jurídico brasileiro como uma tentativa de resolução do problema da necessidade de respostas rápidas e eficientes às questões afetas à criminalidade (Carneiro, 2019).

A sociedade moderna é marcada pela aceleração e pelo dinamismo, o que cada vez mais exige soluções urgentes e instantâneas para conflitos complexos. O mesmo se deu no direito penal e processual da modernidade, atraídos pelo eficientismo penal, muito embora seja inadmissível a redução de garantias materiais e instrumentais. (Wunderlich *et al.*, 2020)

Em um contexto de existência de vasta quantidade de processos criminais em trâmite no judiciário brasileiro e de superlotação carcerária, era necessária a elaboração de políticas criminais que solucionassem o problema da morosidade da justiça criminal e da ineficiência das respostas penais dadas até então.

O acordo de não persecução penal foi trazido à tona pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), e reafirmada pela Resolução nº 183/2018 do mesmo Conselho. O acordo recebia duras críticas, pois não era disciplinado por lei em sentido estrito (Alves, 2021), conforme disposição do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.

O CNMP era apontado como usurpador de competência privativa da União para legislar sobre processo penal, além de questionado por extrapolar o seu poder regulamentar previsto na Constituição. (Alves, 2021)

Em 2019 o ANPP foi definitivamente inserido no Código de Processo Penal (artigo 28-A) pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, invalidando o principal argumento contra a sua constitucionalidade.

Uma das justificativas invocadas pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro quando propôs o instituto foi a tentativa de diminuição do chamado “Custo Brasil”. O ANPP seria uma

forma de “diminuir o tempo que um processo leva desde a denúncia até o trânsito em julgado, cortando assim gastos que tornam o Direito muito custoso no Brasil.” (Spim, 2020, p. 432)

O surgimento de medidas de simplificação do sistema processual demonstra não só a existência de grande demanda criminal, como também a escassez de recursos públicos para a satisfação dessa função estatal. Se por um lado o Estado detém o monopólio da legitimidade para a punição da prática de crimes, por outro também absorve a responsabilidade de atribuir a eles a resposta que atinja a finalidade da pena. (Carneiro, 2019)

O acordo de não persecução penal não foi o primeiro instrumento de justiça criminal negocial brasileiro. A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que disciplina os Juizados Especiais Criminais, inaugurou os institutos da transação penal, aplicável às infrações penais de menor potencial ofensivo, e da suspensão condicional do processo.

Enquanto isso, no âmbito das infrações penais de alta complexidade, especialmente em relação às organizações criminosas, existe a possibilidade de acordo de colaboração premiada, disciplinado pela Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013.

O acordo de não persecução penal nasce da necessidade de suprir uma lacuna legislativa quanto à despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. (Masi, 2020) Pela densidade de abrangência do acordo, ele acaba por ampliar significativamente o modelo de justiça penal consensual no Brasil. (Wunderlich *et al.*, 2020)

A política criminal em comento “surge em completude aos institutos já existentes, visando abranger um efetivo maior de delitos contribuindo, de forma relevante, para mitigar o excesso de demandas da Justiça Criminal [...]”. (Oliveira, 2021, p. 203)

Isto posto, o ANPP foi criado para instaurar a terceira dimensão da justiça negocial penal no Brasil. A primeira e a segunda são compostas pelas Leis nos 9.099 e 12.850, como dito. A terceira “atinge, por sua vez, o sistema punitivo como nunca antes visto, dado o critério quantitativo de pena mínima prevista para as infrações penais como limite para sua propositura e possibilidade de aplicação.” (Wunderlich, *et al.*, 2020, p. 46)

Estima-se que cerca de 70% dos tipos penais previstos no sistema brasileiro sejam passíveis de negociação, considerando o limite da pena mínima. Por isso, “estão presentes todas as condições para um verdadeiro ‘desentulhamento’ da justiça criminal brasileira [...]”. (Lopes Junior, 2020, p. 315)

O instituto foi bem aceito por parcela dos estudiosos do direito, enquanto outra parte o critica severamente. Quem o recebeu saudosamente elogia o acordo de não persecução penal e a sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o desfecho é construído pelas partes envolvidas, com base no diálogo e no debate, o que confere maior legitimidade ao resultado do acordo e a aceitação pelos destinatários. (Alves, 2021)

A perspectiva positiva do negócio jurídico processual aponta benefícios não só para o Estado, como também para o imputado. O estigma social que recairia sobre ele com o enfrentamento de um processo criminal é atenuado, uma vez que o ANPP sequer é registrado na certidão de antecedentes criminais, favorecendo, então, a ressocialização do autor da infração penal. (Alves, 2021)

O acordo é visto de forma “positiva por conferir celeridade e economicidade à repressão dos ilícitos penais de baixa e média gravidade, dando maior espaço para a persecução penal dos casos estruturalmente mais complexos e de maior dificuldade evidencial.” (Mota, 2020, p. 191)

Não obstante a defesa do acordo de não persecução penal e da justiça penal negocial nos moldes acima expostos, parcela da doutrina e da academia tece críticas severas à barganha processual penal e aos institutos que a compõem, discorrendo que ela minimiza garantias procedimentais pela necessidade de aceleração do procedimento.

Em meio ao cenário contemporâneo de intensos questionamentos acerca da generalizada morosidade judicial, inúmeras são as propostas de transformação do

processo penal em instrumento eficaz de concretização do poder punitivo estatal, fundamentalmente a partir de relativizações a direitos e garantias fundamentais que permeiam a pretensão de projeção de liberdades públicas. Uma das principais concepções projetadas nesse sentido diz respeito às ideias de aceleração e simplificação procedimental, que almejam abreviar o caminho necessário para a imposição de uma sanção penal, cujo maior expoente é a justiça negocial, essencialmente caracterizada pelo instituto da barganha. Tal fenômeno representa tendência contemporânea do reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado com a persecução penal, por meio do seu reconhecimento de culpabilidade e/ou da incriminação de terceiros, visando a facilitar a atividade acusatória ao afastar o imperativo de comprovação integral dos fatos incriminatórios – a partir de provas licitamente produzidas pelo acusador público- e anular a postura defensiva de resistência à denúncia. (Vasconcellos, 2015, p. 23)

Apesar de a possibilidade de defesa ser reduzida na barganha processual, não se pode dizer que ela foi exterminada, porquanto a negociação, a aceitação e a homologação dos acordos só podem ser feitas se o autor da infração estiver devidamente assistido por advogado.

Também é equivocado o argumento de que o imperativo de comprovação dos fatos acusatórios é afastado, pois, como dito acima, é necessário que o Ministério Público tenha conseguido reunir indícios mínimos de autoria e prova da materialidade, mesmos requisitos do oferecimento da denúncia. A confissão é meramente um complemento das condições do acordo, sendo que já existe um lastro probatório mínimo.

Se o MP fosse obrigado a colher todos os meios de prova possíveis antes do oferecimento do acordo, o instituto perderia a sua razão de ser. Ele foi instituído justamente para reduzir os ônus da persecução penal tanto para o Estado quanto para o investigado. Não se pode esquecer que a atividade probatória deve ocorrer judicialmente e sob o crivo do contraditório. O ANPP não cumpriria, então, o seu principal objetivo: dar resposta estatal mais célere e menos custosa ao ilícito penal.

A política criminal em comento descende de uma ótica neoliberal do processo penal, segundo a qual o seu objetivo é a maximização dos resultados com o menor esforço. A desburocratização do processo e a antecipação da resolução penal pela celebração de acordos atendem a esse discurso de eficiência (Bizzotto; Silva, 2020) e, por isso mesmo, não seria viável produzir provas exaustivamente antes de propor o ANPP.

3 BEM JURÍDICO, PENA EM ABSTRATO E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A função do direito penal é amplamente discutida na doutrina ao longo do tempo. Embora existam discordâncias a respeito deste entendimento, o que se defende majoritariamente na doutrina é que ele serve à proteção de bens jurídicos.

Uma vez que, pelo menos em tese, é função do direito penal proteger bens jurídicos socialmente relevantes, a doutrina se ocupou de vasta discussão sobre o tema, desde o conceito de bem jurídico até os limites postos ao legislador na sua proteção.

Esses limites correspondem à quantidade de pena que o legislador pode atribuir a uma conduta lesiva ao bem jurídico tutelado, perpassando pela discussão acerca da proporcionalidade entre bem, lesão e pena cominada.

A referida missão conferida ao direito penal é uma garantia político-criminal do Estado Democrático de Direito, posto que a intervenção estatal na esfera privada por meio da aplicação da pena só se justifica se forem afetados bens jurídicos de extrema relevância para a convivência humana, a partir do momento em que a agressão a estes bens se torne intolerável. (Gomes, 2002)

3.1. O conceito de bem jurídico segundo os funcionalistas

Para dar sequência ao raciocínio até aqui traçado, é necessário estabelecer um conceito para “bem jurídico”.

A origem da ideia de bem jurídico e dos esforços doutrinários em conceituá-lo se dão no período iluminista. Contudo, este estudo cuidou de selecionar as duas teorias que melhor abrigam a discussão sobre a proporcionalidade da pena em abstrato, quais sejam: o funcionalismo radical de Jakobs e o funcionalismo moderado de Roxin. Ambos formularam teorias acerca dos bens jurídicos colocando o seu conceito em objetos distintos.

Jakobs tem uma visão formal do bem jurídico e defende que “o bem jurídico penal imediato é [...] a confirmação de uma posição jurídica”. (Jakobs, 2018, p. 48). Sustenta que bens jurídicos não são os interesses ou objetos importantes para a sociedade, mas aquilo que é valorado positivamente. A norma, então, é o bem jurídico em si. (Jakobs, 1997)

A lesão ao bem jurídico seria a adoção de comportamento contrário à norma, não por afetar um determinado objeto de proteção, mas pela ofensa à vigência normativa ou à sua vinculação prática (Jakobs, 1997).

Se o bem jurídico é a norma propriamente dita, o Direito Penal deve reagir à conduta delitiva porque o agente, por meio dela, nega o seu significado. A sanção constitui a preservação do significado da norma por intermédio de uma reação positivada. (Jakobs, 1997)

Pode-se dizer que Jakobs rejeita a proteção do bem jurídico enquanto missão do direito penal, fazendo-o um conceito de pequena importância. Se para ele o que deve ser penalmente tutelado é a própria vigência da norma, o entendimento que se extrai de seu pensamento é que o direito penal é um fim em si mesmo.

Roxin, por sua vez, sustenta uma visão liberal do Direito, segundo a qual o Direito Penal tem a função de garantir a existência pacífica entre todos os cidadãos, desde que a convivência social não possa ser garantida por outros mecanismos que restrinjam menos a liberdade do indivíduo. A ameaça punitiva decorreria, então, da função social do direito penal. (ROXIN, 2009).

O conceito de bem jurídico, em seus termos, traduz-se nas

condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da proteção, etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção, etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor. (Roxin, 2009, p. 17-18)

Roxin delimita ainda mais o conceito de bem jurídico, estabelecendo que meros inconvenientes e situações desagradáveis não devem ser objeto de proteção pelo direito penal, mas apenas aquilo que afeta e ameaça a segurança e a vida em comunidade. (Roxin, 2009).

A proteção de bens jurídicos também só se compreende frente a outra pessoa. Isto posto, Roxin rejeita a tutela da autolesão, excetuados os casos em que o afetado tenha déficit de autonomia ou não compreenda claramente o risco para si, como menores de idade e pessoas com deficiência mental (Roxin, 2009).

As leis penais simbólicas não seriam legítimas na interpretação do jurista, pois não buscam a proteção de bens jurídicos. Elas não seriam “necessárias para o asseguramento de uma vida em comunidade e [...], ao contrário, perseguem fins que estão fora do Direito Penal [...]” (Roxin, 2009, p. 24)

O bem jurídico não necessariamente é anterior à criação da norma penal, mas pode ser criado pelo legislador. Entretanto, o legislador encontra nos princípios constitucionais os limites de sua atuação. (Roxin, 2009)

O conceito de bem jurídico formulado por Roxin foi o adotado neste trabalho, tendo em vista o detalhamento de sua teoria, a conformação constitucional como limite da criação legislativa e a possibilidade de levantá-la contra possíveis arbítrios do Estado na confecção de leis penais.

3.2 A Constituição como referencial de seleção dos bens jurídicos pelo legislador

Não obstante o atentado à dignidade humana não implicar automaticamente na lesão de um bem jurídico (Roxin, 2009), ela é o valor base da Constituição, à qual todo o ordenamento jurídico deve se conformar. O bem jurídico, elementar ao direito penal, também deve obedecer a esse referencial para exercer sua função crítica e de limitação do *jus puniendi*. (Gomes, 2002)

Isso não significa dizer que a Constituição expressará um catálogo exaustivo de bens a serem protegidos pelo direito penal, nem mesmo que ela exprime o conceito de bem jurídico, mas que os valores que ela abriga servirão de base para a política criminal e como limite à atividade legiferante. (Gomes, 2002)

Os valores da Constituição, bem como os princípios que dela decorrem, servem como limite negativo ao legislador. Ele tem liberdade de eleição dos bens jurídicos merecedores da tutela penal, mas os bens escolhidos não podem conflitar com o quadro principiológico constitucional. (Gomes, 2002)

É certo que a Constituição estabelece os limites de seleção dos bens jurídicos merecedores da tutela penal, como foi acima exposto. Resta saber em que medida esses bens serão escudados, qual a pena a ser atribuída à lesão ou exposição a perigo do bem amparado pela norma incriminadora. A justa medida entre lesão ao bem jurídico e pena será orientada pelo princípio da proporcionalidade.

3.3 Princípio da proporcionalidade

Os princípios de direito têm “função interpretativa, fundamentadora, supletória”, bem como força normativa. Se estes princípios decorrem da Constituição, seja explícita ou implicitamente, exercem função limitadora do poder punitivo estatal e garantem a liberdade e os direitos individuais dos cidadãos. (Prado, 2018, p. 82)

O princípio da proporcionalidade pode ser definido como

um vínculo constitucional capaz de limitar os fins de um ato estatal e os meios eleitos para que tal finalidade seja alcançada. Conjuga-se, pois, a união harmônica de três fatores essenciais: a) adequação teleológica: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da Constituição Federal – vedação do arbítrio [...]; b) necessidade: o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; c) proporcionalidade “*stricto sensu*”: todo representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos desproporcionais. (Bitencourt, 2012, p. 64-65)

A observância desse princípio pode se impor tanto na esfera de elaboração quanto da aplicação da norma. Quando da aplicação, o juiz deve equilibrar a gravidade do injusto penal e a pena a ser aplicada. (Bitencourt, 2012)

A aplicação do princípio da proporcionalidade na esfera legislativa é definida na doutrina como proporcionalidade *stricto sensu*, proporcionalidade em sentido estrito ou proporcionalidade abstrata, e “exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso [...]”. (Prado, 2018, p. 99)

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é o critério orientador da medida da resposta sancionatória do Estado todas as vezes que determinado bem jurídico digno de proteção penal é afrontado. (Magalhães Gomes, 2003)

Os bens jurídicos são valorados social e juridicamente de forma diversa. Isto deve ser considerado no momento de instituição da sanção abstrata. Assim, bens jurídicos de maior relevância social devem ser tutelados com maior rigor do que bens jurídicos de menor monta.

Pode-se citar como exemplo o crime de homicídio, cujo bem jurídico tutelado é a vida, que tem pena abstrata de seis a vinte anos de reclusão, comparado com o crime de desobediência, cujo bem jurídico tutelado é a administração pública, sendo que, obviamente, o bem jurídico mais importante é aquele salvaguardado pelo crime de homicídio.

Embora alguns bens jurídicos sejam indicados pela Constituição como merecedores de tutela penal, deve-se ter em mente que ela não indica a hierarquia entre esses bens. Seu trabalho é qualitativo, mas a quantificação da pena é tarefa do legislador, dotado de discricionariedade para a realização da tutela. (Magalhães Gomes, 2003)

A discricionariedade legislativa é limitada pelo princípio em comento, posto que as “contradições, ambiguidades, incongruências e falta de razoabilidade” decorrentes do uso abusivo ou insensato do poder de fazer leis corrompem os dispositivos legais com o vício da inconstitucionalidade. (Bitencourt, 2012, p. 65)

Em primeiro lugar, é necessário considerar que o princípio da proporcionalidade *stricto sensu* implica em um mandado de ponderação entre direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. (Magalhães Gomes, 2003)

O legislador é incumbido de balancear o bem jurídico criminalmente protegido, o desvalor da conduta que o lesiona e a liberdade ameaçada pela pena a ser imposta. Trata-se, portanto, de uma contraposição entre o interesse particular e o interesse geral. A pena nada mais é que a quantificação do sacrifício de um desses interesses em detrimento do outro. (Magalhães Gomes, 2003)

A proporcionalidade não significa somente que diferentes penas serão aplicadas às lesões de diferentes bens jurídicos, a depender da importância deles. Ela também quer dizer que serão atribuídas penas distintas a diferentes ofensas ao mesmo bem jurídico.

Considerando o desvalor da conduta, os diferentes níveis de lesão ao bem jurídico devem ter sanções cominadas diversas, assim como as infrações penais de lesão e de perigo também o devem. (Magalhães Gomes, 2003)

Há que se observar também a necessidade de cominação de pena mínima e de pena máxima para qualquer delito. Quanto à pena mínima, ela representa o menor grau a que a proteção penal de um bem jurídico pode ser rebaixada, constituindo a garantia de que o bem será escudado pela pena necessária à sua proteção. A pena mínima explicita o valor da reprovabilidade mínima da conduta tipificada. (Magalhães Gomes, 2003)

Por sua vez, a previsão de pena máxima impossibilita a aplicação de reprimenda demasiadamente alta às infrações penais (proibição de excesso). O estabelecimento de penas máximas e mínimas tem estrita relação com os princípios da legalidade, da ofensividade e da individualização da pena. (Magalhães Gomes, 2003)

A correlação desses princípios não exclui a limitação legislativa pelo princípio da proporcionalidade, pois não se pode admitir que as margens de proteção penal sejam excessivamente amplas. O grande intervalo entre as penas máximas e mínimas dos delitos significa que ofensas a bens jurídicos de diferentes níveis são punidas da mesma forma. (Magalhães Gomes, 2003)

Em função do princípio da proporcionalidade, “torna-se necessário que as margens mínima e máxima da pena cominada *in abstracto* correspondam a uma razão fixa, de modo que o máximo represente um múltiplo definido do mínimo.” (Magalhães Gomes, 2003, p. 166)

Como exemplo de grande margem de proteção penal, em visível ofensa ao princípio da proporcionalidade, tem-se o crime de subtração de incapazes (artigo 249 do Código Penal), cujo preceito secundário prevê a pena mínima de dois meses e máxima de dois anos, atribuindo ao máximo de sanção permitida um aumento de doze vezes em relação à sanção mínima. (Magalhães Gomes, 2003)

“A irregularidade na proporção entre valores mínimo e máximo da pena cominada faz com que haja uma evidente confusão no âmbito social acerca da gravidade das infrações, e especialmente sobre a gravidade relativa de uns delitos em relação aos outros” (Magalhães Gomes, 2003, p. 167)

Alguns exemplos de delitos mal avaliados e sancionados pelo legislador que evidenciam desproporções entre si podem ser extraídos sem dificuldade do Código Penal.

Tome-se os exemplos dos artigos 121, *caput*, e 159, *caput*, do CP. Enquanto para o homicídio simples foi prevista uma pena de reclusão variável de seis a vinte anos, para a extorsão mediante sequestro previu-se a reclusão entre oito e quinze anos. Como se percebe, são dois exemplos bastante ilustrativos da incoerência que permeia a legislação penal brasileira, uma vez que não é possível visualizar, de maneira clara, qual dos delitos é o considerado mais grave pelo legislador, ainda que contenham previsões de penas bem distintas entre si. No primeiro caso, a pena mínima é menor do que a do segundo, o que sugeriria ser aquele menos grave do que este; no entanto, a pena máxima prevista para o homicídio supera em cinco anos aquela prevista para a extorsão mediante sequestro, o que induz ser aquele um delito mais grave do que este. (Magalhães Gomes, 2003, p. 167-168)

Ante o exposto, apesar de o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ser um mandado constitucional de ponderação entre as penas abstratas e as diferentes lesões aos bens jurídicos penais com o fito de resguardar direitos fundamentais, pode-se observar que, no Brasil, não há estrita observância ao princípio em comento na esfera legislativa.

4 ORDENAMENTO JURÍDICO ENQUANTO UNIDADE SISTEMÁTICA, POLÍTICA CRIMINAL E ANPP

A análise da desproporção entre as penas cominadas a diferentes crimes, protetores dos mesmos ou de diferentes bens jurídicos, bem como a noção de gravidade dos delitos comparados uns com os outros, só é possível se o direito for considerado como um todo. O ordenamento jurídico deve ser considerado dentro da noção de unidade e de sistema.

4.1 Ordenamento jurídico, unidade e sistema

O ordenamento jurídico é composto por uma extensa quantidade de normas. No caso do Brasil, essas normas não derivam todas da mesma fonte e, por isso, o ordenamento brasileiro é caracterizado como complexo. Isso ocorre porque a sociedade necessita de tantas regras de conduta que nenhum poder ou órgão poderia suprir esta demanda sozinho. (Bobbio, 1995)

Chama-se fonte do direito os atos ou fatos dos quais o próprio ordenamento jurídico faz depender a produção normativa, sendo importante ressaltar que o ordenamento jurídico regula não só o comportamento das pessoas, como também o modo de produção das normas que o compõem. (Bobbio, 1995)

As normas penais e processuais penais são produzidas mediante o procedimento de lei ordinária. Neste ponto se retoma uma das críticas recebidas pelo ANPP em sua gênese, quando ainda regulamentado por Resolução do Ministério Público.

De fato, assistia razão àqueles que criticavam a instituição e aplicação de um instrumento que maneja a liberdade do indivíduo, bem como suaviza o *jus puniendi* estatal, por

meio de uma norma infralegal, cujo procedimento de elaboração é menos rigoroso do que aquele constitucionalmente exigido para tanto.

A complexidade do ordenamento jurídico é expressa pela existência de normas para a produção de outras normas, devendo-se levar em consideração que dentro desse conjunto normativo existe uma construção escalonada. Isso significa que nem todas as normas jurídicas estão no mesmo plano. (Bobbio, 1995)

Para que a ideia se torne mais clara, basta lembrar que dentro do mesmo ordenamento jurídico há uma Constituição e uma sentença judicial. Ambas estabelecem vinculações. Porém, a Constituição apresenta um nível mais genérico, estabelecendo a forma pela qual as demais normas devem ser produzidas, bem como seus limites formais e materiais, enquanto a sentença estabelece obrigações para sujeitos específicos.

A ideia de unidade do ordenamento jurídico decorre da teoria kelseniana da norma fundamental. A estrutura escalonada dos ordenamentos complexos reflete a constante relação de produção e execução jurídicas. Enquanto as normas superiores autorizam a produção de outras, emanando poder, as normas inferiores, criadas por elas, executam o seu conteúdo e impõem às pessoas o dever de obedecer. (Bobbio, 1995)

Toda essa relação de produção e execução e poder e dever, culmina em uma norma que é a expressão máxima de poder, que não decorre de nenhuma outra e valida todas as demais: a norma fundamental. “A norma fundamental não é expressa, mas nós a pressupomos para fundar o sistema normativo. Para fundar o sistema normativo é necessária uma norma última, além da qual seria inútil ir.” (Bobbio, 1995, p. 59)

Isto posto, considerando o ordenamento jurídico como unidade respaldada por uma norma fundamental, a Constituição, as leis, os regulamentos, as sentenças, os negócios jurídicos, entre outras espécies normativas, compõem o mesmo corpo.

Além da característica da unidade, o ordenamento jurídico também constitui um sistema, entendido como “uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem.” (Bobbio, 1995, p. 71) Dentro dele não pode haver normas incompatíveis entre si. Na existência de incompatibilidade entre preceitos normativos, pelo menos um deles deverá ser excluído. (Bobbio, 1995)

O ordenamento jurídico carrega em si o dever de coerência, ou seja, a intolerância a antinomias, que nada mais são do que a incompatibilidade de uma norma em relação a outra. Assim, “não é exato falar, como se faz frequentemente, de coerência do ordenamento jurídico, no seu conjunto; pode-se falar de exigência de coerência somente entre suas partes simples.” (Bobbio, 1995, p. 80) A incoerência não acarreta a queda do sistema, mas apenas das normas incompatíveis.

A incoerência não existe apenas quando uma norma contraria frontalmente o conteúdo de outra, como, por exemplo, a existência de uma norma que autoriza e outra que proíbe a mesma conduta. Ela também pode ser percebida na inobservância do princípio da proporcionalidade das sanções penais abstratas.

Explica-se. Existe um princípio constitucional implícito que estabelece o dever do legislador de atribuir ao delito sanção que expresse a justa medida entre a importância do bem jurídico e a gravidade da lesão sofrida.

Se no mesmo ordenamento existem bens jurídicos de alta relevância protegidos por penas mais amenas do que as que são atribuídas às lesões a bens de menor valia, está-se diante de uma incoerência. O mesmo se verifica quando diferentes graus de lesão ao mesmo bem jurídico são puníveis com penas não harmônicas entre si.

Uma análise minuciosa do ordenamento jurídico penal permite concluir que ele abriga diversas incoerências nesse sentido, tanto no Código Penal quanto na legislação esparsa, exemplificadas no capítulo deste trabalho em que se trata especificamente sobre bem jurídico e princípio da proporcionalidade.

Ocorre que, se o ordenamento jurídico é uma unidade sistemática, as eventuais soluções para as incoerências existentes na seara penal podem estar dentro do próprio sistema, aqui defendido que o ANPP é uma delas. Mas, para que se chegue a esta conclusão, é necessário discorrer sobre a relação entre as ciências penais, sobretudo a influência da política criminal.

4.2 Intercâmbio entre as ciências penais

Sabe-se que o direito penal não é um complexo de normas apartado da realidade. Pelo contrário, “vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira.” (Batista, 2007, p. 19)

Ele “existe para cumprir finalidades” e “é disposto pelo estado para a concreta realização de fins; toca-lhe, portanto, uma missão política, que os autores costumam identificar, de modo amplo, na garantia das “condições de vida da sociedade”” (Batista, 2007, p. 20-21), o que coaduna com a definição de bem jurídico formulada por Roxin e adotada neste trabalho.

O direito penal está envolvido no universo interdisciplinar das ciências penais, que englobam não só a normatividade, composta pelo direito material e processual, como também a área da política criminal.

Em primeiro lugar, há que se adentrar na evidente relação entre direito penal e processual penal. Enquanto aquele estabelece a proteção de determinados bens jurídicos e as sanções aplicáveis à pessoa que os afrontar, este define a forma de aplicação do direito material, existindo uma relação de instrumentalidade entre ambos. (Mougenot, 2019)

O direito processual penal é o conjunto de regras e princípios empregados pelo Estado para fazer valer o seu poder de punir e, mesmo que dependa do direito material, exerce influência sobre ele, posto que é o instrumento que o concretiza. (Mougenot, 2019)

Considerado o mundo penal normativo, não se pode deixar de conceituar a política criminal, que consiste no “conjunto dos procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal” (Delmas-Marty *apud* Péres, 2001, p. 81). Deve-se considera-la como um importante instrumento de comparação entre a legislação vigente e a realidade social.

Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal. (Batista, 2007, p. 34)

Assim, a política criminal é o elemento das ciências penais que busca na sociedade atual os fatores que tornam determinada norma adequada ou não para regular as relações nela existentes. A sociedade é dinâmica e está em constante transformação. Mesmo sendo também dinâmico, nem sempre o direito consegue acompanhar a velocidade das transformações sociais.

O acordo de não persecução penal surgiu da observação de problemas expressos pela realidade das instituições judiciais e penitenciárias, conforme se pode extrair do Projeto de Lei nº 10.372 de 2018. O projeto trouxe dados que demonstravam a superlotação desnecessária dos estabelecimentos carcerários, enquanto enfatizou que a necessidade social atual se encontra no combate ao crime organizado e à macro criminalidade.

O documento revela a dificuldade de operacionalização do aparato judicial e propõe o ANPP a fim de conferir maior racionalidade ao sistema penal que, hoje, não responde à demanda de esforços para o combate aos crimes considerados “mais graves” pelo legislador. Veja-se:

A presente proposta pretende racionalizar de maneira diversa, porém proporcional, de um lado o combate ao crime organizado e a criminalidade violenta que mantém forte

ligação com as penitenciárias e, de outro lado, a criminalidade individual, praticada sem violência ou grave ameaça; inclusive no tocante ao sistema penitenciário. Hoje, há uma divisão em 3 partes muito próximas nos aproximadamente 720 mil presos no Brasil: 1/3 crimes praticados com violência ou grave ameaça, 1/3 crimes sem violência ou grave ameaça e 1/3 relacionados ao tráfico de drogas. Em que pese quase 40% serem presos provisórios, há necessidade de reservar as sanções privativas de liberdade para a criminalidade grave, violenta e organizada; aplicando-se, quando possível, as sanções restritivas de direitos e de serviços a comunidade para as infrações penais não violentas. Para tanto, indica-se a adoção de “acordos de não persecução penal”, criando nas hipóteses de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça a figura do acordo de não persecução penal, por iniciativa do órgão do Ministério Público e com participação da defesa, submetida a proposta à homologação judicial. (Rocha et al., 2018, p. 22)

A política criminal está a indicar que os bens jurídicos de somenos importância seriam objeto de acordo de não persecução penal, enquanto aqueles mais caros à sociedade, cuja lesão culmina em “crime organizado, [...] delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, [...] crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos” (Rocha *et al.*, 2018, p.1) serão alvo de maior esforço do sistema penal.

Diante de todo o contexto de implemento do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, é impossível negar a interdisciplinaridade entre as ciências penais. Portanto, é possível sustentar que a solução para o problema da desproporcionalidade se encontra dentro dessa própria unidade sistemática do ordenamento jurídico.

4.3 Análise da aplicação do ANPP no ano de 2021 pelo Ministério Público Federal

O ANPP é um instituto prático, enquanto a inobservância do princípio da proporcionalidade na proteção de bens jurídicos é um problema normativo, enraizado no ordenamento jurídico penal.

Para analisar a concreta resolução do problema apresentado pelo instituto objeto deste trabalho, serão analisados os dados de aplicação do acordo de não persecução no âmbito do Ministério Público Federal (MPF) no ano de 2021. Os dados utilizados foram fornecidos diretamente pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do órgão, em 05 de maio de 2022, extraídos do Sistema Único do MPF.

No ano de 2021 foram celebrados 2.743 acordos de não persecução penal pelo Ministério Público Federal. Destes acordos, existem três “categorias” de maior aplicação, quais sejam: crimes de contrabando e descaminho (768 acordos), estelionato majorado (469 acordos) e uso de documento falso (183 acordos).

Obviamente, estes não foram os únicos crimes que ensejaram a celebração do ANPP. Todavia, não seria possível avaliar todas as variedades de acordo neste trabalho. Limitou-se aos crimes mais recorrentes para que eles pudessem ser analisados com maior precisão.

Para facilitar a comparação de bens jurídicos e tornar mais evidente a desproporcionalidade da tutela, todos os crimes acima mencionados serão comparados ao crime de lesão corporal grave. Os crimes serão comparados em sua pena máxima, verificando-se qual o máximo de reprimenda estatal o indivíduo que afrontar ao bem jurídico pode receber em cada um deles.

O crime de lesão corporal grave está previsto no artigo 129, § 1º, do Código Penal e prevê sanção para a conduta de ofender a integridade física ou a saúde de terceiro. “O objeto da conduta é a integridade corporal (inteireza do corpo humano) ou a saúde (normalidade das funções orgânicas, físicas e mentais do ser humano).” (Nucci, 2022, p. 563)

O crime de lesão corporal exige que a vítima sofra algum dano em seu corpo. (NUCCI, 2022) A **lesão corporal grave** significa que o bem jurídico foi lesado de forma mais intensa, ou seja, que o dano causado ao corpo da vítima foi mais crítico do que o previsto no *caput* do artigo, causando a ela mais sofrimento e transtornos. A pena cominada a este crime é de **um a cinco anos de reclusão**.

A primeira categoria de crimes aos quais o acordo de não persecução penal foi aplicado contempla os crimes de contrabando e descaminho. O crime de **descaminho** está previsto no artigo 334 do Código Penal e comina pena abstrata de **um a quatro anos de reclusão**. A conduta criminosa é iludir o pagamento total ou parcial de direito ou tributo devido pela entrada, saída ou consumo de mercadoria. O objeto jurídico do crime “é a Administração Pública, levando-se em conta seu interesse patrimonial e moral”. (Nucci, 2022, p. 1.022)

O segundo crime que compõe a primeira categoria é o de **contrabando**, tipificado no artigo 334-A do Código Penal. A pena cominada a este crime é de **dois a cinco anos de reclusão**. A conduta prevista no tipo penal é a de “importar ou exportar mercadoria proibida” (Brasil, 2022). O bem jurídico protegido pelo delito também é o interesse da Administração Pública, tanto moral quanto patrimonial. (Nucci, 2022)

A segunda categoria consiste no crime de **estelionato majorado**, previsto no artigo 171, § 3º e § 4º, do Código Penal, nos quais a conduta de “obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento” (Brasil, 2022) é praticada contra “entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência” (Brasil, 2022), ou pessoa vulnerável ou idosa, devendo ser considerada a dimensão da vantagem obtida.

A pena cominada ao estelionato simples é de **um a cinco anos de reclusão e multa**. Quanto ao estelionato majorado acima descrito, **o aumento de pena é de um terço no primeiro caso e de um terço ao dobro no segundo**. O bem jurídico protegido por esta previsão legal é o patrimônio, qualquer que seja a modalidade de estelionato praticada.

O crime da última categoria a ser comentada merece atenção, pois não há uma pena cominada especificamente a ele. Trata-se do delito de **uso de documento falso**, previsto no artigo 304 do Código Penal, que determina a aplicação da **mesma pena atribuída ao crime de falsificação**. A conduta de falsificar documentos é sancionada pela espécie do documento falsificado.

Foram selecionadas para descrição somente as penas que abrem possibilidade para a aplicação do ANPP, mas adverte-se que existem outras modalidades de falsidade documental. A falsificação de documento público (art. 297 do CP) comina pena de **dois a seis anos e multa**. Falsificar documento particular (art. 298 do CP) é punido com pena de **um a cinco anos**. O crime de falsidade ideológica comina pena de **um a cinco anos** se o documento for público e de **um a três anos** se o documento for particular. O falso reconhecimento de firma ou letra (art. 300 do CP) comina pena de **um a cinco anos** e a falsificação de selo ou peça filatélica (art. 303 do CP) é sancionada com pena de **um a três anos**. (Brasil, 2022)

Mesmo que várias sejam as possibilidades de uso de documento falso, porque são várias espécies de falsidades documentais, o bem jurídico protegido pelo crime do artigo 304 é a fé pública.

Trata-se da confiança estabelecida pela sociedade em certos símbolos ou signos, que, com o decurso do tempo, ganham determinada significação, muitas das vezes impostas pelo Estado. Esse é o papel, por exemplo, da moeda, que possui um valor econômico a ela atrelado. Os signos gozam de crédito público e são, também, meios de prova. Sem a fé pública não se poderia desenvolver a contento os negócios jurídicos em geral. (Muñoz Conde, *apud* Nucci, 2022, p. 952)

Expostas as aplicações do ANPP, passa-se à exposição das desproporções. Além do crime de lesão corporal grave, oito crimes tiveram suas penas mínimas e máximas expostas

acima. Destes crimes, seis têm a pena máxima igual ou superior a cinco anos, teto punitivo que também é cominado ao crime do artigo 129, § 1º, do Código Penal.

O crime aqui usado como parâmetro tem como sujeito passivo a pessoa e via de regra é cometido mediante emprego de violência. Se o ordenamento jurídico brasileiro é constitucionalmente pautado na dignidade da pessoa humana e se o fim do Estado é a garantia do bem-estar das pessoas, não deveria a sua incolumidade física receber maior proteção do que a fé ou a administração pública?

O patrimônio também não deveria receber importância menor do que a saúde e a integridade física do indivíduo, se considerarmos que ele é disponível, e os direitos de personalidade, próprios da pessoa, não o são?

Existe uma gritante violação do princípio da proporcionalidade na proteção dos bens jurídicos de diferente relevância social. Se o conceito de Roxin for retomado, percebe-se que a proteção do bem jurídico está desfigurada no ordenamento jurídico penal brasileiro.

Além disso, a pessoa não deve ser colocada apenas como vítima do crime, mas também como autora. Se a vítima não está suficientemente amparada pela desregulada tutela dos bens, quem dirá o autor, que terá que suportar ônus maior do que deveria, tendo em vista que a pena que lhe será atribuída não corresponde ao desvalor da sua conduta.

O ANPP aplicado a estes casos se transformou no contrapeso ao punitivismo estatal. As sanções mal avaliadas pelo legislador não foram convertidas em pena privativa de liberdade, uma vez que o instituto visa a aplicação imediata de penas restritivas de direitos. Assim, a norma processual mista, internalizada no ordenamento jurídico pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, resolve pragmaticamente a desarmonia entre proteção de bem jurídico e pena cominada.

5 CONCLUSÃO

Da análise de todo o exposto, pode-se concluir que o acordo de não persecução penal é um instrumento de efetividade do princípio da proporcionalidade. O instituto de política criminal, inserido no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, passou a representar um novo estágio dos negócios jurídicos processuais penais, que até então eram limitados aos crimes de menor potencial ofensivo, aos crimes de organização criminosa e à suspensão condicional do processo.

Para além da sua dimensão meramente procedimental e de desafogamento da justiça criminal, o acordo de não persecução penal se mostrou como um instrumento que retira do investigado o ônus de suportar pena desproporcional ao injusto penal praticado. Quando as penas cominadas a determinados crimes são comparadas umas com as outras, percebe-se que o ordenamento jurídico penal padece do vício da incoerência.

Os bens jurídicos são protegidos pelas normas penais de forma aleatória. Enquanto o legislador deveria se orientar pela relevância social do bem a ser protegido, a gravidade da conduta tipificada como lesiva ao bem jurídico e a forma como ele é tutelado por outras normas, o que se observa é uma tutela desconectada dos fatores listados.

O legislador desconsidera o princípio constitucional implícito da proporcionalidade que o vincula e as penas cominadas aos crimes resultam de seu livre arbítrio, sem a consideração das demais normas constantes no ordenamento jurídico, que constitui uma unidade sistemática.

O acordo de não persecução penal desponta como uma alternativa a esse problema por contemplar uma extensa gama de crimes presentes na legislação penal, graças ao requisito da pena mínima bastante elevada.

A conclusão pela efetividade do princípio da proporcionalidade conferida pelo ANPP surge da comparação entre os crimes em que o acordo foi proposto pelo MPF no ano de 2021 e o crime de lesão corporal grave. Aqueles crimes tinham pena máxima tão alta quanto o crime

do artigo 129, § 1º, do Código Penal, porém, sem proteger bens jurídicos de tamanha relevância como a incolumidade física da pessoa. Muitas vezes, crimes contra a administração pública ou contra o patrimônio recebem reprimenda estatal abstrata mais severa que os crimes contra a pessoa.

Assim, conclui-se que a aplicação do acordo de não persecução penal corrige, pragmaticamente, as falhas de proporcionalidade da proteção de bens jurídicos da legislação penal, sem descuidar da proteção dos bens constitucional e socialmente relevantes.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo penal: parte geral**. 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2021.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 17. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Dialética, 2020.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

CARNEIRO, Andrea Wamsley Soares. Acordo de não-persecução penal: constitucionalidade do método negocial no processo penal. **Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares Sobre o Delito**, Belo Horizonte, vol. 4, n.7, p. 23-41, Jul.-Dez., 2019. Disponível em: <https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/102>. Acesso em: 16 mar. 2022.

GOMES, Luiz Flavio. **Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

JAKOBS, Günter. **Derecho Penal: parte general. Fundamentos y la teoría de la imputacion**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Juridicas, 1997.

JAKOBS, Günter. **Proteção de bens jurídicos?: sobre a legitimação do direito penal**. trad. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book.

MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MASI, Carlo Velho. O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 264–293, 2020. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/36>. Acesso em: 05 abr. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Sistema Único/MPF**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://portal.mpf.mp.br/bi5/servlet/mstrWeb?evt=3140&src=mstrWeb.3140&documentID=9192E94E11EB0E49A0E10080EF653092&Server=MSTRIS.PGR.MPF.MP.BR&Project=Unico&Port=0&share=1>. Acesso em 05 mai. 2022.

MOTA, Ludmilla de Carvalho. Acordo de não persecução penal e absprache: análise comparativa da justiça penal negocial no processo penal brasileiro e germânico. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 77, p. 161-194, jul./set. 2020. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-77>. Acesso em: 02 abr. 2022.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Ebook. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993627/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Ebook. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655964283/>. Acesso em: 12 mai. 2022.

OLIVEIRA, Alanna Siqueira Simonetti. O acordo de não persecução penal e a importância dos institutos despenalizadores. **Revista Jurídica In Verbis**, Natal, ano 26, n. 49, p. 199-219, jan-jul. 2021. Disponível em: <http://www.inverbis.com.br/index.php/home/article/view/119>. Acesso em: 02 abr. 2022.

PÉRES, Quitéria Tamanini Vieira. **A função simbólica do direito penal como matriz oculta da política criminal brasileira contemporânea**. 2001. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2001. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/82005> Acesso em: 07 mai. 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico Penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982638/>. Acesso em: 28 abr. 2022.

ROCHA, José *et al.* **Projeto de Lei nº 10.372/2018**. Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal, segurança pública. Brasília, 06 jun. 2018. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em 11 mai. 2022.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. org. trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009.

SPIM, José Eduardo Caputo. Cabimento no sistema jurídico brasileiro do Plea Bargain. **Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba**, Sorocaba, v. 2, n. 1, p. 431–449, 1º sem. 2020. Disponível em: <https://www.fadi.br/revista/index.php/cadernosjuridicos/article/view/68>. Acesso em: 02 abr. 2022.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camila Eltz de; MARTINS-COSTA, Antônio; RAMOS, Marcelo Buttelli. Acordo de não persecução penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 42–64, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/11>. Acesso em: 02 abr. 2022.