

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
(UNESP)**

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

LEONARDO GARCIA CAVALCANTE DA SILVA

**CRÍTICA AO USO DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL
E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE: EFETIVIDADE DO INSTITUTO PARA A
CONSTRUÇÃO DE UMA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL**

**FRANCA
2023**

LEONARDO GARCIA CAVALCANTE DA SILVA

**CRÍTICA AO USO DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL
E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE: EFETIVIDADE DO INSTITUTO PARA A
CONSTRUÇÃO DE UMA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, para aprovação na disciplina de Monografia do curso de graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

FRANCA
2023

S586c	<p>Silva, Leonardo Garcia Cavalcante da</p> <p>Crítica ao uso da confissão no acordo de não persecução penal e sua (in)constitucionalidade: efetividade do instituto para a construção de uma justiça penal consensual / Leonardo Garcia Cavalcante da Silva. -- Franca, 2023</p> <p>106 p.</p> <p>Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado - Direito) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca</p> <p>Orientador: Paulo César Corrêa Borges</p> <p>1. Justiça Penal Consensual. 2. Acordo de Não Persecução Penal. 3. Confissão. 4. Inconstitucionalidade. I. Título.</p>
-------	--

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

LEONARDO GARCIA CAVALCANTE DA SILVA

**CRÍTICA AO USO DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO E SUA
(IN)CONSTITUCIONALIDADE: EFETIVIDADE DO INSTITUTO PARA A
CONSTRUÇÃO DE UMA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel Direito. Orientador: Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

1º Examinador: Prof. Me. Gabriel Coimbra Rodrigues Abboud

2º Examinador: Prof. Fernando Augusto Risso

Franca 31, de julho de 2023.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), instrumento da Justiça Penal Negociada introduzido pela lei nº 13.964/19, focando na confissão como requisito para realização do acordo, analisando sua constitucionalidade por meio de uma revisão bibliográfica narrativa. Para esse fim, se inicia com uma revisão histórica da justiça consensual internacionalmente, apresentando institutos como o *plea bargaining*, *Patteggiamento*, *Asbprachen*, dentre outros, seguindo para a experiência brasileira com a Transação Penal e a Suspensão Condicional do Processo, apresentando brevemente alguns de seus mecanismos, mas ao final, focando no ANPP e na lei que o introduziu. Em próximo momento, se analisa a mitigação do princípio da obrigatoriedade trazida por esse novo instituto, além de uma breve análise sobre o sistema acusatório e a titularidade da ação pelo Ministério Público. Com todas as análises prévias concluídas, o trabalho parte para a análise principal, a constitucionalidade da confissão como requisito do ANPP, trazendo argumentos de ambos os posicionamentos, tanto jurisprudenciais, quanto doutrinários, além de analisar temas como os objetivos do ANPP, nos direitos fundamentais do acusado, nos usos da confissão (tanto judiciais, quanto extrajudiciais) e na origem da confissão como a “rainha das provas” no processo inquisitório. Por fim, se conclui que a presença da confissão, do ponto de vista de um objetivo dentro do acordo, só fará sentido se for com o intuito de produção probatória, o que se for o caso, descredibiliza a justificativa da existência do acordo, que nunca se apresentou como negócio para produção probatória, assim a presença da confissão do ponto de vista constitucional fere a presunção de inocência, o direito ao silêncio, o contraditório, ampla defesa e a dignidade humana.

Palavras-Chave: Justiça Penal Consensual. Acordo de Não Persecução Penal. Confissão. Inconstitucionalidade

ABSTRACT

This essay has as an object, the Non Prosecution Agreement (NPA), an Consensual Criminal Justice instrument introduced by the law N° 13.964/19, focusing on the confession as it's requirement, analysing the agreement's constitutionality by means of an narrative bibliografic review. For this end, we start with an historical review of Consensual Criminal Justice internationally, presenting legal tools as *plea bargaining*, *Patteggiamento*, *Asbprachen*, and others, then presenting the brazilian experience with Criminal Transaction and Conditional Suspension of the process, presenting briefly some of it's mechanisms, but finally, focusing on the NPA and the law that instituted it. In the next part, it's analyzed the mitigation of the principle of obligatoriness, in addition to an quick analysis of the accusatorial system and the prosecutor's office titularity of the prosecution. With all the previous analyses, the essay starts it's main object, the unconstitutionality of the confession as an requirement for the NPA, bringing arguments from both sides, both jurisprudence and doutrinary, in addition to analysing the NAP's objectives, the prosecuted fundamental rights, the uses of confession (both judicial and extrajudicial), and the confession's origins as the "queen of evidences" in the inquisitorial system. Finally, it is concluded that the presence of the confession, by the point of view of the NAP's objectives ,only makes sense as with the objective of producing evidence, witch if it's true, discredits the justification for the existence of the agreement, that never presented itself as an means for evidence production thus, the presence of confession from the constitutional point of view violates the presumption of innocence, the right to silence, the contradictory, ample defense and human dignity.

Keywords: Consensual Criminal Justice, Non Prosecution agreement, confession, unconstitutionality.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. A JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL	9
2.1. CONCEITO, JUSTIFICATIVAS E CRÍTICAS	9
2.2 O PLEA BARGAINING	14
2.3 EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS DA CIVIL LAW	18
2.3.1 Experiência italiana	19
2.3.2 Experiência alemã	23
2.4 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA	27
2.4.1 A transação penal	30
2.4.2 A suspensão condicional do processo	36
3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	40
3.1 ORIGEM, JUSTIFICATIVAS E CONCEITO	40
3.2 ANÁLISE DAS DISPOSIÇÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL TRAZIDAS PELA NOVA LEI.....	42
3.3 O PRINCÍPIO ACUSATÓRIO E A MITIGAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL.....	53
3.3.1 Os sistemas acusatório, inquisitório e o misto.....	53
3.3.2 O princípio da obrigatoriedade	58
4. O REQUISITO DA CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA	63
4.1 ORIGEM DO INSTITUTO DA CONFISSÃO NO PROCESSO PENAL	64
4.2 A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	71
4.2.1 Qual o objetivo da confissão no ANPP?	74
4.2.2 A exigência da confissão é constitucional?	83
4.2.3 A confissão pode gerar efeitos extrapenais?.....	91
5. CONCLUSÕES	96
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101

1. INTRODUÇÃO

Não é surpresa que no campo do Direito a busca pela solução extrajudicial de todos os tipos de conflitos seja cada vez maior, ante a crescente demanda do Judiciário e sua incapacidade de prestar o atendimento e resposta necessários aos milhões de casos que tramitam anualmente dentro dos diversos sistemas processuais. O campo mais propício e, de certa forma, originário deste estímulo à desjudicialização das lides é o cível, que há décadas propõe mecanismos como a arbitragem, a mediação e a conciliação para afastar a relação da jurisdição morosa, às vezes insatisfatória, e dar prioridade às soluções consensuais, produtos do acordo, mais rápidas e eficientes. Hoje, estas relações são amplamente difundidas e se encontram positivadas no Código de Processo Civil de 2015, assim como tendem a se difundir para outros campos do direito como a área trabalhista, consumerista, demandas fazendárias e tributárias, entre outras áreas jurídicas de conflito.

Ocorre que neste último século, em virtude do aumento da criminalidade, que se tornou fenômeno cada vez mais complexo, desenvolvendo-se em conjunto com a tecnologia e a globalização, a atração pela solução de demandas de pequeno e médio potencial ofensivo na área penal dentro de um campo consensual cresce. Tal movimento é impulsionado pela sensação de ineficiência dos mecanismos de controle do crime, pois se convive com um processo penal moroso que parece não socorrer a sociedade:

Isso traz uma primeira consequência: a impressão de que a impunidade impera sobre a resposta punitiva estatal, com a conseqüente perpetuação dos prejuízos sofridos pela vítima e pela sociedade em si – ou seja, a coletividade percebe apenas a presença de uma prestação negativa do serviço judicial, para onde é canalizada uma considerável parcela dos recursos recolhidos através dos tributos exigidos dos indivíduos. Mas outra consequência também é sentida: a própria presunção de inocência (ou de não culpabilidade) mostra-se em verdadeiro risco. De antemão, é sabido que a resposta estatal tardará, pelo que a sociedade e o Estado acabam por se contentar com as medidas cautelares de cunho penal (prisões preventivas, quebras de sigilo, dentre outras) como forma de efetivar o sistema processual. Ainda, instigam a divulgação delas pelos meios de comunicação, o que formará a publicidade necessária de uma “sentença” que já selou a culpabilidade fática daquele investigado/arguido – condena-se sem julgar. (BRANDALISE, 2015, p. 12)

A partir desta percepção e a assunção por parte dos Estados de que não têm mais a capacidade de perseguir penalmente, julgar e executar a pena imposta, seja por falta de pessoal ou de verba, passou-se a observar a experiência internacional americana que ofertava a possibilidade de negociações de sentenças, o chamado *plea bargaining*.

Inspirado nele, diversos países começaram a construir sua versão daquilo que viria ser chamado de justiça penal consensual, criando-se institutos que versavam sobre o procedimento ou sobre a pena a ser aplicada, um acordo realizado entre a acusação e o investigado/acusado visando uma resposta rápida, minimamente efetiva e reparatória por parte do promotor que precisa perseguir o crime e a manutenção da liberdade ou a possibilidade de apenamento mais brando ao investigado/acusado que aceitar realizar as condições propostas.

Neste cenário, o Brasil também recepcionou a ideia e por meio de sua Lei nº 9.009/95 inaugurou os seus primeiros institutos despenalizadores em busca de gerar a celeridade pretendida ao sistema.

Ocorre que tais acréscimos não vieram sem receber críticas, não só aqui como no mundo afora, em especial afirmam que:

[...]os acordos entre acusação e defesa para imposição de sanção penal a partir do reconhecimento de culpabilidade em troca de benefícios não são opções adequadas e legítimas à justiça penal de um Estado Democrático de Direito, por acarretarem inevitáveis violações a premissas fundamentais do processo penal democrático – necessariamente concebido como instrumento de limitação do poder punitivo estatal – ao inviabilizar o exercício da defesa, distorcer os papéis dos atores do campo jurídico-penal, aumentar exponencialmente a possibilidade de condenações de inocentes, ocasionar punições ilegítimas pelo exercício do direito ao processo, desvirtuar a presunção de inocência e o contraditório, dentre outras críticas patentes. (VASCONCELLOS, 2014, p. 333)

Considerando estas críticas, se propõe a análise do mais novo instituto desta justiça penal negocial, introduzido pela Lei nº 13.964/19, também conhecida como “Pacote Anticrime”, o chamado acordo de não persecução penal (ANPP) e em especial a exigência que ele faz de uma confissão para que se opere o acordo que impede o exercício da ação penal.

Para tanto, faremos uma análise que começará em esmiuçar a justiça consensual, seus desígnios e as críticas que sofre; seguido da apresentação do instituto denominado *plea bargaining* e seus pressupostos; após, verificar como o instituto refletiu em países com uma tradição jurídica semelhante a nossa, como a Itália e a Alemanha; finalmente, analisaremos os institutos inaugurais da negociação penal no Brasil: a transação penal e a suspensão condicional

do processo; depois, verificaremos o referido acordo de não persecução penal e esmiuçaremos as disposições inseridas no atual Código de Processo Penal; feito este caminho, estaremos prontos para investigar a confissão, seus objetivos, a extensão de seus efeitos e analisar se há compatibilidade constitucional.

O método utilizado para o presente trabalho será o levantamento bibliográfico na forma narrativa sobre o acordo de não persecução penal e da justiça penal negociada, bem como de institutos correlacionados em países como Estados Unidos, Alemanha e Itália, consistente em doutrinas, artigos, pesquisas científicas, manuais, teses de mestrado e de doutorado, assim como a própria legislação nacional correlata aos institutos negociais. Também foram levantadas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal em que foram utilizadas as ferramentas de pesquisa de jurisprudência nas páginas da internet dos referidos tribunais, consistindo em julgados adicionados em momentos oportunos a fim de analisar como os principais intérpretes da lei observam pontos de conflito que remetem aos acordos penais ou ao uso da confissão neles ou dentro do processo penal.

2. A JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

2.1. CONCEITO, JUSTIFICATIVAS E CRÍTICAS

Como sugerido ainda na introdução do presente trabalho, atualmente se observa uma crescente demanda pela justiça penal, pressão que assim acabou por afetar significativamente a capacidade de a instituição atender a todos os anseios e necessidades da sociedade, surgindo assim a importante pressão por focalizar o sistema de justiça, centralizando sua estrutura e esforços em fatos que, pela sua gravidade, exigem a mobilização de todo seu aparato. Assim, surge a sistemática conhecida como justiça penal consensual, ainda podendo ser chamada de justiça negocial ou negociada, irrompendo em um fenômeno mundial enquanto resposta para “desafogar” o sistema penal.

Apesar de a justiça negociada nascer como resposta a esta demanda, ainda se faz necessário acharmos uma definição bem-acabada de seu conceito. Nesse contexto, o professor Vinicius Vasconcellos apresenta a justiça penal consensual como:

[...] modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes. (VASCONCELLOS, 2014, p. 322).

Desde a edição da Lei dos Juizados Especiais, com a introdução do mecanismo da transação penal (art. 76 da Lei nº 9099/95), além da suspensão condicional do processo ou, como ainda pode ser chamado, o *sursis* processual (art. 86 da lei 9.099/96), há o questionamento dos mecanismos de composição ou sua defesa. Nesse ínterim, os defensores dos diferentes tipos de acordos criminais normalmente alegam que esses mecanismos geram uma alternativa bem-vinda ao procedimento penal, sendo benéfico às partes e ao Estado, como podemos ver exposto no trecho a seguir, defendendo que o acordo:

[...]permite que a acusação e a defesa encontrem uma solução alternativa ao processo penal clássico, além de imprimir celeridade na resposta estatal aos conflitos jurídico penais de menor gravidade; otimizar os recursos humanos e financeiros do Estado, na medida em que reduz a deflagração de ações penais, evitar os efeitos deletérios das sentenças criminais condenatória e diminuir a população carcerária no país. (GORDILHO et SILVA, 2019, p. 100).

Desse modo, os mecanismos de resolução consensual se justificam pelo combate à precarização do funcionamento da justiça penal e órgãos correlatos à persecução como o próprio Ministério Público, buscando resolução rápida para crimes de pequeno e médio potencial ofensivo – no caso do ANPP – bem como desafogando o trâmite judicial. Não bastasse isso, permitiria que a acusação concentrasse esforços em investigar e acusar em casos que tratem de crimes mais complexos, graves ou que ensejam maior clamor social e que por esses mesmos motivos, demandam uma maior atenção por parte das instituições. Por fim, evitariam que o sistema carcerário mantenha-se sobrecarregado com pessoas condenadas ou presas preventivamente, por delitos que não demandam, necessariamente, resposta pela via do encarceramento.

Ainda focando nos argumentos daqueles que defendem uma maior aplicação dos mecanismos de justiça negocial, há aqueles que chegam a defender que seus mecanismos possam se estender até transações que versem sobre a pena e regimes prisionais, ou seja, retirar a persecução penal e sua instrução processual, assim avançando até a punição por meio de um acordo entre as partes e o Ministério Público, sendo assim defendido pelo motivo de poder ser mais benéfico ao réu, pois:

C) o primeiro fator de legitimação da negociação de sentença criminal é consequente da necessidade de duração razoável do processo, que afeta não apenas o interesse social de uma resposta punitiva, mas também o interesse do próprio arguido, pois o prolongamento do processo também afeta a presunção de inocência e sacramenta os efeitos das medidas de cunho cautelar que o afetam (prisão preventiva, quebras de sigilo, dentre outros). Assim, recupera a própria credibilidade do sistema processual penal; (BRANDALISE, 2015, p. 222)

Em outras palavras, estamos discorrendo sobre a possibilidade de as partes em um procedimento penal transacionarem sobre questões processuais ou pré-processuais, assim como já é feito no Processo Civil, desse modo, os mecanismos que integram a chamada justiça penal consensual seriam por definição negócios jurídicos, ou seja “[...] produto da manifestação de

vontade das partes, as quais podem não apenas declarar a intenção de praticar o ato, mas, também, regular os efeitos que dele pretendem extrair.” (THEODORO JR., 2020, p.55.).

No caso do Brasil, com o advento da lei nº 9.099/95 podemos observar uma introdução singela dos primeiros modelos eminentemente consensuais, que objetivaram por meio de seus mecanismos legais a desburocratização do sistema penal, fato que foi comemorado por muitos juristas e operadores do direito, apesar de criticado por tantos outros. A discussão em torno do cabimento da justiça penal consensual se insere na lógica da investigação, não só de seus objetivos, mas também de suas consequências para as partes envolvidas no procedimento.

Nesse sentido, e isso não se aplicaria apenas a negociação da sentença criminal, mas também a outras modalidades de acordos criminais pelo mundo, o investigado/acusado ficaria por menos tempo à mercê de uma persecução penal, que só pela sua existência já gera efeitos negativos na sua vida pessoal, já que não há pessoa que possa se sentir tranquila quando é processada criminalmente. Adiciona-se isso ao fato de que o imputado ficaria menos sujeito às medidas cautelares que ocorrem no decurso do processo e que afetam significativamente seus direitos fundamentais, como a prisão preventiva. O autor ainda cita um segundo fator de legitimação:

[...] o segundo fator de legitimação da negociação de sentença criminal é o reconhecimento da condição de sujeito processual do arguido, dotado de dignidade que é, e deve estar embasada na voluntariedade e inteligência acerca do não exercício dos direitos processuais por parte dele. E o principal reconhecimento da dignidade é autorizar que o arguido participe da definição de seus destinos; (BRANDALISE, 2015, p. 222.)

Desse modo, compreende-se que o investigado/acusado, tendo a sua voluntariedade garantida e a inteligência acerca do acordo, ou seja, estando ciente da sua situação, dos riscos que corre, das condições impostas e das prerrogativas que abrirá mão, torna-se apto a negociar sobre seu destino, como explicado abaixo:

[...] o réu deve ter conhecimento de sua situação perante a imputação formulada e os fatos descritos pelo acusador, além das consequências de seu ato de aceite à barganha, tanto em relação aos direitos a que renuncia quanto às punições que a ele serão impostas, além de seus efeitos colaterais (VASCONCELLOS, 2014, p. 323)

Estando o réu nessa situação, em que sabe os riscos penais que corre e que pode evitar ao negociar, se encontraria em um estado apto a dispor de direitos processuais de caráter fundamental, ao menos temporariamente, beneficiando-se em troca de seus direitos reduzidos, pois evitaria assim a persecução penal e receberia menor reprimenda, ao mesmo tempo em que o Estado garante o provimento estatal.

Ocorre que, como já falado anteriormente, com o mesmo ânimo que se recebeu e se defende a inserção de mecanismos consensuais na seara penal, muitos criticam e questionam veementemente a legitimidade e até mesmo a funcionalidade deste sistema, alegando que por detrás de seu viés utilitarista, se esconde um sério risco aos direitos fundamentais processuais e mesmo materiais do sujeito sob o pretexto de minimização da ação do Direito Penal. Dentro da argumentação dos críticos a esse sistema, princípios como a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa, não passariam de conjecturas dentro da lógica de justiça penal negociada (não que já não sejam de difícil aplicação no dia a dia do processo penal), desse modo, Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira pontua que:

O debate sobre os tratamentos adequados à resolução dos conflitos, ao menos na esfera cível, se coloca já algum tempo e, frequentemente, tem sido objeto de muitos estudos. Por isso, os institutos de arbitragem, conciliação, mediação, dentre outros, são tratados em nosso ordenamento jurídico como instrumentos para garantir a efetiva resolução de controvérsias jurídicas já que, é de se reconhecer que os cidadãos acabam tendo uma preferência por utilizar a solução pela via jurisdicional. Reconhece-se que a intervenção judicial nos conflitos sociais, especificamente aqueles tutelados pela esfera cível, não parecem instrumento hábil a promover a pacificação social haja vista dar uma resposta de modo intempestivo e com pouca possibilidade de restaurar a relação social rompida pelo litígio. Entretanto, na esfera penal, essas intenções, que parecem ser cativantes e justificáveis, devem ser refletidas de modo a não ratificar as “misérias do processo penal”, em alusão à obra de Carnelutti, até porque há de se reconhecer a existência de uma incompreensão de problemática dos conflitos sociais considerando inclusive que o ambiente processual nem sempre - sendo extremamente otimista, se mostra como um ambiente de justiça social. (PEREIRA apud CARNELUTTI, 2021, p.47)

Como afirmado pelo autor, há uma séria problemática ao se comparar a seara penal com a cível, pelo fato de que cada ramo do Direito é operado sobre diferentes pressupostos, apesar de ainda estarem submetidos a uma mesma Carta Constitucional. Mesmo que consideremos o fato dos mecanismos de resolução consensual poderem somar de forma eficiente ao campo cível, produzindo satisfação às partes, pois a resolução deriva de uma decisão consensual, na seara penal por vezes as questões a serem tratadas não tem como cerne um conflito privado entre partes a ser mediado pelo Estado, principalmente ao considerarmos que em regra o Estado

é o coator em relação ao réu, que se sujeita ao seu poder de punir não deixando de considerar as questões sociais que permeiam a Justiça Criminal, por vezes tratando do uso da pena como mecanismo discriminatório e segregacionista.

Outro ponto que muitos estudiosos do tema ainda questionam é a dita voluntariedade e inteligência do arguido presente no momento que pactua com o acordo criminal, de modo que a igualdade de condições entre os pactuantes não parece ser a mesma que encontramos no campo cível, podendo assim gerar desequilíbrio nas negociações. Desse modo, em tom crítico Vasconcellos conclui que:

[...]tais premissas de legitimação da barganha, que sustentam ser tal mecanismo um acordo entre partes em situação de igualdade, realizado de modo livre e informado, são falaciosas e ingênuas, visto que, como demonstrado: a) a igualdade entre as partes é ilusória, já que, além da disparidade inerente ao processo penal, em um sistema negocial ocorre a indevida usurpação das funções decisórias pelo acusador, extrapolando seus poderes e suas possibilidades de coações ao réu por meio de ameaças de sanções penais mais graves em caso de recusa ao acordo [...]; b) a liberdade do imputado em realizar a barganha ou exercer o direito ao julgamento é falsa, ao passo que a coercibilidade da proposta é inerente à sua sistemática, pois há evidente punição em razão do não reconhecimento de culpabilidade, o que se demonstra patentemente pelo desvelamento da expressiva quantidade de inocentes que aceitam o acordo [...](VASCONCELLOS, 2014, p.323)

Portanto, fica demonstrado que há muito tempo a questão do consenso penal é controvertida sendo constantemente reavivada conforme novos mecanismos são introduzidos, como ocorreu recentemente com a introdução do acordo de não persecução penal. Ressalta-se que não há a pretensão de avaliar se é cabível ou não a prática de acordos dentro do processo penal, sendo o importante apresentar as bases em que a discussão se alicerça, de modo apto a demonstrar quais valores constitucionais e infraconstitucionais estão em oposição e como o advento do ANPP e, em um recorte mais específico, a exigência da confissão para sua validade, geram diversos pontos dignos de estudo nesta discussão para ambos os lados do debate acadêmico: os defensores e os críticos da justiça penal consensual. Considerando isso, não se objetiva exaurir os aspectos deste tema, dada sua extensão, como já explicado anteriormente, mas, apenas, aproximar alguns pontos chaves do debate sobre os mecanismos da justiça negocial, expondo argumentos de ambos os lados dessa importante discussão, assim talvez chegando a novas conclusões sobre o tema.

Portanto, para podermos iniciar a análise da contenda sobre o tema é necessário partimos de uma sucinta análise histórica da justiça penal consensual, expondo primeiramente o exemplo

internacional mais clássico, o *plea bargaining*. Em seguida, passando para alguns dos principais institutos que vigem ou vigiam no continente europeu, seguindo aos precursores que vigoraram no Brasil e, por fim, a relação e apresentação dos principais princípios discutidos neste campo.

2.2 O PLEA BARGAINING

Com a crise que atingiu o Estado de bem-estar social na Europa Ocidental ao longo da década de 70, diversos paradigmas sociais passaram por questionamentos contundentes, entre eles, a forma como a justiça penal deveria ser conduzida. Neste contexto, com o desenvolvimento tecnológico acelerado, além da transformação do movimento dos capitais financeiros cada vez mais consistentes em uma economia globalizada, houve um embate entre as visões sobre como o direito penal deveria caminhar, seja pela introdução do consenso na resolução dos conflitos, pelo diálogo entre os atores do processo e maior participação da vítima ou pelo acirramento das políticas de repressão na intenção de abarcar a criminalidade que se desenvolvia e modificava a largos passos (PRADO, 2006, p.xxvii/xxviii).

Neste contexto, a grande inspiração dos mecanismos consensuais foi a experiência originalmente inglesa, mas desenvolvida na cultura estadunidense de justiça consensual consagrada em seu sistema como o conhecido *plea bargaining*. Logo, nas décadas seguintes, não seria incomum aparecerem diversos mecanismos semelhantes nos ordenamentos internos dos países europeus e mesmo nos latino-americanos, e por conseguinte no Brasil, o que inaugura no campo da justiça penal negocial o criticado transplante de institutos internacionais.

Pode-se afirmar que no início, o modelo americano:

[...] também criou um processo penal complexo e com alto nível de garantias processuais, sendo o julgamento do júri um dos seus grandes trunfos, além das regras de exclusão da prova ilícita, a exigência de prova acima da dúvida razoável para condenação, etc, ou seja, um arsenal de garantias que funda o *due process of law* e que passou a ser atacado por ser excessivamente caro, complexo e moroso, especialmente pela dependência do júri. (LOPES JR; PACZEK, 2019, p. 325).

Ante a crescente demanda da persecução penal, a prática das cortes americanas aos poucos foi consolidando proposições de tornar o processo menos moroso e mais eficiente, de modo que, com o tempo, o *plea bargaining* aparece como solução prática.

Em definição apertada, porém elucidativa, podemos dizer que o *plea bargaining* consiste em um mecanismo de justiça consensual que dá poder à promotoria para negociar com o acusado a pena e acusação, mas há definições melhores, como a do trecho a seguir, onde afirma-se que ele é:

[...] procedimento em que o Ministério Público e o acusado podem chegar a um acordo em que abrirá mão de um julgamento através do *full trial*, em troca de um almejado tratamento mais benéfico, submetido à aprovação do juiz, cujo sucesso depende do poder de barganha de cada um dos atores envolvidos – advogado e promotoria. O acordo largamente utilizado no direito penal norte-americano apresenta diferentes margens de possibilidade de negociação: podem ser negociadas a acusação em si (*charge bargaining*), a sua quantidade (*count bargaining*), os fatos imputados (*fact bargaining*), e a própria sentença (*sentence bargaining*). Há, ainda, uma variação da *plea bargain*, o chamado *nolo contendere*, quando o acusado declara que aceita a culpa, mas após negociar com a promotoria e o juiz que a confissão judicial não terá efeitos civis – isto é: trata-se de uma *plea bargaining* sem admissão de responsabilidade civil. (GONTIJO apud ANDRADE, 2021, p. 49).

Visível é a complexidade e tamanhas são as possibilidades de negociação do referido acordo que influenciou o ANPP, mas este tem importantes diferenças em relação àquele, a serem exploradas mais adiante no trabalho. Apesar disso, podemos adiantar que o instrumento americano, por derivar da *common law* e seu sistema de precedentes das cortes, confere uma realidade em que o promotor de justiça (*prosecutor*) americano tem poderes de barganha muito mais amplos do que aqueles que verificaremos ao analisar o ANPP, uma vez que este sistema jurídico:

[...] é extremamente pragmático. Diferentemente do sistema romano-germânico, a doutrina não se preocupa em dogmatizar ou teorizar o Direito, mas sim, em sistematizar a sua aplicação aos casos concretos. Isso é bastante compreensível, uma vez que, na *common law*, as normas jurídicas surgem do caso particular – *leading case* – para o geral e não o contrário. Enquanto no sistema romano-germânico as normas de conduta encerram comandos abstratos, que exatamente por isso exigem uma abordagem teórica, na *common law* a lei nasce a partir da solução dada pelo Judiciário a um concreto conflito de interesses, logo o que interessará aos operadores do Direito é avaliar se as nuances do caso submetido a julgamento ajustam-se a determinado precedente judicial. (SANTOS, 2006, p. 33-34).

Santos então analisa que, apesar de a globalização permitir um intercâmbio de influências tão forte a ponto de os sistemas americano e inglês cada vez mais abrirem portas à codificação de normas, eminentemente, os sistemas da *civil law* e da *common law* ainda se diferenciariam de forma considerável, respectivamente, o primeiro por seu dogmatismo e o segundo pelo seu pragmatismo (SANTOS, 2006, p.34).

Por esta razão não é incomum imaginar que o sistema americano se aprofunda numa *práxis* mais utilitária, de modo que o promotor de justiça americano (*prosecutor*) goza de poderes de barganha extremamente amplos do ponto de vista de tradições como a brasileira. Nesse sentido, quando faz uso do *plea bargaining*, o *prosecutor* realiza uma complicada análise lógica sobre diversos pontos do caso que cuida, incluindo sua chance de conseguir a condenação que deseja, além de fatores externos como o volume de processos que carrega, o que Marcela Alves Mascarenhas Nardeli evidencia no trecho abaixo:

O promotor, a partir de uma análise das provas colhidas durante a fase investigatória e ponderando suas chances de êxito em um eventual *trial* perante o júri, além de uma verificação da complexidade da causa e de seu volume de processos acumulados, se verá em posição mais ou menos confortável para dissuadir a defesa a aceitar um acordo e declarar a culpa. Essa posição mais ou menos confortável determinará o que será oferecido ao acusado em troca da declaração, como a porcentagem de redução da pena, o regime inicial de cumprimento, a acusação por crime menos grave ou até mesmo a desistência de imputação de crime conexo. Da mesma forma, dependendo das chances concretas de obter uma absolvição perante o júri, o acusado se verá mais ou menos tentado a aceitar o acordo e declarar-se culpado.

Seguindo essa lógica, a situação se mostra problemática justamente nos casos mais fracos para a acusação do ponto de vista probatório, ou naqueles em que a defesa não se apresenta aberta a negociar, momento em que o promotor precisa ser mais incisivo na barganha para obter o acordo. E é aí que entram em cena algumas práticas censuráveis de constrangimento e ameaça de sobreimputação (*overcharging*), seja sobrecarregando a imputação com uma pluralidade de condutas (*horizontal overcharging*), seja pela elevação do quantum da pena pretendida (*vertical overcharging*) ou, até mesmo, ameaçando pleitear a aplicação de pena capital, nos estados em que é admitida (NARDELI, 2014, p. 345)

Essa prática, decorrente da tradição que confere à acusação este poder amplo, não é livre de críticas mesmo dentro do próprio sistema americano, pois, como alguns apontam, a sistemática americana age de modo que em muito dificulta a correta aceção de voluntariedade e inteligência por parte do acusado, já que ele se vê coagido a tomar uma escolha que não esteja em seu melhor interesse, até porque não estaria em situação de igualdade com a promotoria:

Isso tudo sem falar na falta de isonomia entre as penas aplicadas quando se compara o que se declara culpado antecipadamente (normalmente sujeito a penas brandas) e o que eventualmente se vê condenado após o *trial* (sujeito a penas excessivamente severas) em relação à prática de infrações semelhantes. Esse ponto específico acaba por se traduzir em descrédito no sistema e sensação de impunidade por parte da visão da vítima, já que o influxo atenuante do produto das capitulações da acusação após o acordo firmado não permite que se possa falar em uma determinação séria da pena. (NARDELI, 2014, p. 346).

Uma vez que o acusado se vê em uma situação em que corre o risco de ser processado, ele já antevê a possibilidade de a decisão judicial lhe trazer um gravame descomunal. Por esse motivo, dificilmente se imagina que o medo e receio não façam parte da escolha a ser tomada por ele, influenciando em sua habilidade de avaliar os termos da promotoria. Naturalmente a prática americana, ao consolidar essa diferença de penas entre aqueles que escolhem o *trial* e aqueles que aceitam o *plea*, não acredita que a voluntariedade do sujeito esteja sendo suprimida. Além disso, o caráter utilitário do acordo propicia a existência de penas incrivelmente brandas ou incrivelmente gravosas para casos semelhantes, o que denota certa insegurança do ponto de vista da vítima e da sociedade.

Apesar disso, inegável que o *plea bargaining* se tornou a regra quando a exceção cada vez mais parece ser o *trial* o que pode ser demonstrado pelos números de consecuições do acordo “[...]com os mais de 90% (chegando a 97% e até 99%) de negociação do sistema americano, onde um processo penal é raríssimo” (LOPES JR; PACZEK, 2019, p. 328), de modo que parece estar atendendo a demanda da justiça e deixando os juízes e os *prosecutors*, que são eleitos dentro do sistema americano, em situação confortável ante a aparente aceitação da prática pela sociedade americana.

Por este aspecto, não é incomum pensar que, os Estados Unidos, detentores da hegemonia econômica e cultural ocidental, em especial após as duas guerras mundiais, não passassem a serem vistos como referência para demais democracias em um mundo cada vez mais globalizado. Portanto, não é estranha a disseminação do modelo negocial pelo mundo afora, com suas adaptações às tradições da *civil law*. Por essa razão se faz pertinente pincelar algumas características da justiça consensual nestes ordenamentos que assemelham-se mais ao brasileiro antes de prosseguirmos efetivamente à análise do seu histórico.

Notadamente, a análise do *plea bargainig* americano conta com diversas nuances e peculiaridades, podendo render um trabalho versando somente sobre ele, entretanto o foco do presente trabalho não é exaurir o tema, nem debater seus pontos positivos e negativos, mas tão somente apresentá-lo como ponto de partida e inspiração para a sua comparação com o Acordo de Não Persecução Penal e o uso da confissão como seu fator constitutivo.

2.3 EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS DA CIVIL LAW

Comumente, quando observam-se sistemas jurídicos da *civil law*, muitos pesquisadores que se aventuram a analisar a justiça penal consensual em sede de direito comparado acabam observando a Itália e a Alemanha como exemplos de assimilação dos institutos. Para nosso objetivo, pincelaremos alguns pressupostos e alterações compreendidas nestas tradições que têm um sistema que se aproxima mais do brasileiro, onde as ações do Ministério Público estão adstritas à legalidade e o juiz ainda assume postura mais ativa e protagonista na condução de acordos ou mesmo na sua fiscalização.

Importante rememorar a forma como a *common law* americana funciona, onde o juiz é mais passivo e existe um verdadeiro embate entre acusação e defesa que se tornam protagonistas, assim como o *prosecutor* age com grande abertura, conveniência e disponibilidade, de modo que não é obrigado a propor a ação penal e pode transigir de forma ampla. Nessa tradição, há o sistema conhecido por muitos como adversarial. Nesse sentido:

[...] o sistema adversarial é o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. O processo acaba se transformando em uma batalha equilibrada entre acusação e defesa, ficando o juiz na qualidade de espectador passivo e tendo sua cognição restringida pela atividade probatória das partes (NARDELLI, 2014, P. 335).

Os países que se inserem na *civil law* agem sob uma premissa diferente. Especificamente na Europa, por vezes, é chamado de Sistema Continental, portanto conta com maior protagonismo do juiz na gestão da prova e condução do processo, de modo que o promotor tende a estar adstrito à obrigatoriedade de propor a ação penal. Ocorre que isso não impediu a aproximação de institutos de resolução consensual nestes sistemas:

É certo que vários países europeus que adotaram os mecanismos de justiça consensual inspiraram-se no modelo norte-americano de *plea bargaining*. No entanto, a importação do modelo para tais jurisdições não resultou em uma reprodução do padrão norte-americano de processo penal adversarial, o qual se revela intensamente antagônico ao modelo inquisitorial predominante nos países de *civil law*. (NARDELLI, 2014, p. 351).

Busquemos exemplos desse intercâmbio a seguir.

2.3.1 Experiência italiana

Especificamente, quanto à tradição italiana, apesar de sua origem inquisitiva onde o juiz presidia o processo com protagonismo e tinha em suas mãos a gestão da prova, em 1988 novos ares entabularam a legislação penal com a edição de seu novo código processual. O diploma trouxe entre suas principais bases princípios como:

[...] 1) a oralidade e o contraditório, pois a decisão judicial passou a poder se embasar somente nas provas apresentadas oralmente pelas partes durante a fase judicial, o que reafirmou a passividade do julgador, embora se tenha mantido certos poderes subsidiários, e o direito ao confronto pelo exame cruzado; 2) a publicidade dos julgamentos; e, principalmente, sendo intitulada como “coração do novo sistema”, 3) a estrita separação entre as fases investigatória e de julgamento, a partir da formação de distintos autos processuais, de modo que o julgador do mérito do caso não tenha contato com qualquer ato preliminar, garantindo, assim, sua imparcialidade. (VASCONCELLOS; CAPARELLI, 2015, p. 438-439)

Outra novidade do código é a criação a do Juiz de Investigações Preliminares que servem:

[...] para atuar tão-somente na fase das investigações preliminares, porém estes não mais exercem quaisquer atividades investigatórias, todas a cargo do Ministério Público e da polícia. Em verdade, o papel destes juízes é zelar pelo respeito aos direitos fundamentais do investigado, apreciar os pedidos de natureza cautelar deduzidos pelo Parquet, v.g., produção antecipada de provas, prisões cautelares, bem como fiscalizar o exercício da ação penal pública. A preocupação com a depuração do sistema acusatório é notável, tanto que o juiz que tiver apreciado uma medida cautelar repressiva pleiteada pelo Ministério Público está impedido de presidir a audiência preliminar, ato no qual é emitido o juízo positivo ou negativo de admissibilidade da denúncia ofertada pelo *Parquet*. [...]. (SANTOS, apud FERRODET, 2006, p. 57).

Curiosamente, essa figura do Juiz de Investigações Preliminares aproxima-se muito da figura conhecida como Juiz de Garantias, que, grosso modo, seria o juiz que atua durante a investigação preliminar, garantindo os direitos do investigado e autorizando medidas cautelares

caso haja seu cabimento, contudo, não se confundindo com o juiz que apreciará o resultado do inquérito no campo do processo e da instrução.

Nesse ínterim, apesar destas aberturas simbolizarem a assunção de um processo mais acusatório e menos inquisitivo, ou seja, com primazia de maior protagonismo das partes, mas com fiscalização de garantias fundamentais pelo juízo, o sistema italiano se orienta pelo princípio da obrigatoriedade da ação - princípio que obriga a proposição da ação penal quando a acusação possuir elementos indicativos do delito – desse modo o promotor não tem o juízo de oportunidade (discricionariedade) e conveniência que vemos no *prosecutor*. Por essa razão:

Ao *Parquet* é permitido emitir tão-somente um juízo de legalidade, ou seja, verificar se estão presentes as condições para o regular exercício da ação penal, e se há um suporte fático razoável para embasar a pretensão punitiva do Estado. Positiva a resposta, compete ao Ministério Público denunciar. (SANTOS, 2006, p. 55).

Santos ainda adiciona que na Itália a existência do princípio da obrigatoriedade vem sofrendo críticas de caráter utilitarista, apontando que a necessidade de sempre propor a ação penal compromete a eficiência da Justiça que já está sobrecarregada com processos que visam apurar delitos de menor importância (SANTOS, 2006, p. 55).

Desse modo, aos poucos, o ordenamento italiano foi buscando meios de flexibilizar a obrigatoriedade, considerando a situação fática em que o Poder Judiciário e os marcadores criminais encontravam-se. Esse movimento é observável em diferentes ordenamentos da *civil law*, abrindo-se espaço ao chamado Princípio da Oportunidade, ambos serão devidamente analisados em tópico próprio em segundo momento.

Para o objetivo deste trabalho, importante ressaltar que na Itália existem modalidades de acordo que se referem ao rito a ser adotado ou quanto a pena a ser aplicada, mostrando certa inspiração no sistema ianque. Quanto ao rito temos dois procedimentos que nos interessam: o juízo abreviado e o procedimento monitorio, também chamado de procedimento por decreto penal (SANTOS, 2006, p. 58-59).

Quanto ao juízo abreviado, sua proposição ocorreria em audiência preliminar, por iniciativa do acusado que pede o julgamento imediato da pretensão acusatória, abdicando de garantias processuais como o contraditório e a ampla defesa e concordando com o julgamento antecipado baseado exclusivamente em informações colhidas na fase investigativa. Julgada procedente a pretensão punitiva, decorrerá sentença criminal condenatória definitiva. Visando

a assunção desta prática o art. 422, *comma* 2 do CPP italiano concede redução de 1/3 (um terço) da reprimenda e em caso de prisão perpétua será possível sua redução para pena privativa de liberdade por até 30 (trinta) anos. Importante ressaltar que a escolha por esse procedimento muito abreviado não impede o imputado de recorrer (SANTOS, 2006, p. 58-59).

Quanto ao decreto penal ou procedimento monitório, sendo de iniciativa do Ministério Público ocorre também em fase preliminar após findadas as investigações, contudo, a acusação oferece ao juízo um decreto penal condenatório pedindo a aplicação imediata de uma pena pecuniária ao acusado ou ainda a aplicação da pena mínima em abstrato prevista ao delito em questão com respectiva redução deste mínimo pela metade. Além disso, o decreto aponta, quando for o caso, a responsabilidade daquele que deve reparar civilmente o dano infligido à vítima. (SANTOS, 2006, p. 59).

Com a aprovação do juízo, há a notificação do acusado e do responsável civil para que se manifestem, a falta da notificação enseja caducidade do decreto, restituindo-se o direito da acusação de propor a ação. Ocorrendo a notificação, o acusado pode impugnar o decreto, pedindo pelo seguimento dos ritos padrões (ordinário, imediato ou abreviado), ou aplicação do *patteggiamento*. Em caso de não se opor ao decreto, ficando inerte, o instrumento é aprovado pelo juiz e converte-se em condenação criminal (SANTOS, 2006, p. 60).

Ao fim, fica claro que no caso de o imputado aceitar o acordo do Ministério Público, produz-se uma sentença penal condenatória. Por essa razão, esse acordo também conta com a proposição de vantagens ao réu:

[...] caso aceite o decreto penal ministerial: não há condenações nas custas; não há a aplicação de penas acessórias; não constitui título executivo judicial em desfavor do imputado, vez que inexistente confissão expressa de culpa; ao cabo de 05 (cinco) anos, se a condenação tinha como objetivo um crime, ou de 02 (dois) anos, se versava sobre uma contravenção, a infração penal é extinta, apagando-se todos os efeitos penais da sentença, desde que o condenado não cometa um delito ou uma contravenção da mesma índole (natureza); e tal condenação não poderá ser invocada para obstar a outorga de futura suspensão condicional da pena. (SANTOS, 2006, p. 60).

Agora, tratando especificamente de acordos que se referem à pena aplicada, o exemplo mais bem acabado no modelo italiano é o *Patteggiamento*, modalidade de acordo que consiste em resolução consensual requerida pela parte, mediante concordância da parte adversária e que juntas legitimam a prolação de sentença de mérito, logo, versa sobre sentença. Nele, a sentença é combinada pelas partes que pedem ao juiz que efetue a punição nestes termos, o que ocorrerá

caso o juiz entenda que não existem elementos para absolvição do acusado. (BRANDALISE apud TORRÃO 2014, p.98-99).

Quanto às hipóteses, a doutrina determina duas formas de aplicação do referido acordo:

a) *patteggiamento tradizionale*, que diz com a primeira hipótese de sua previsão legal, e consiste no acordo em que haja a aplicação de pena substitutiva à prisão ou multa; ou então quando houver a possibilidade de aplicação de pena que não supere a dois anos de prisão, ainda que conjunta com multa (Código de Processo Penal italiano, artigo 444, 1);

b) *patteggiamento allargato*, introduzida no ano de 2003, quando do acordo decorre uma pena superior a dois anos mas que seja limitada a até cinco anos, com ou sem a cumulação de multa, observada a diminuição de um terço igualmente (Código de Processo Penal italiano, artigo 444, 1). (BRANDALISE, 2015, p. 99).

O acordo é interessante pois a proposta pode vir do acusado, não apenas do Ministério Público, podendo ser conjunta também, além disso o dissenso de uma das partes não impede a realização do acordo mais à frente no processo, não precisando o acusado fundamentar seu dissenso, mas devendo o Ministério Público apresentar justificativa caso discorde. A revogação de consenso acaba sendo mais complexa, sendo impossível se o juiz já ratificou o acordo ou se a proposta já chegou a outra parte, podendo apenas o imputado pleitear alterações antes que o juiz ratifique o acordo. (FRANCO, 2020, p. 217-218).

Inclusive, um fator que é elucidativo neste acordo e pode ser usado como exemplo para o modelo consensual italiano como um todo, deriva da discussão do dissenso. Isso porque quando proveniente do Ministério Público demanda análise do juízo que pode entender pela insuficiência de sua fundamentação acarretando o deferimento do *patteggiamento*. Apesar disso, o pedido do acusado pelo acordo será atendido apenas no final da instrução, pois, de acordo com a Corte de Cassação só neste momento o magistrado terá condições de reconhecer a insuficiência da justificativa da acusação. (FRANCO, 2020, p. 218).

Franco acentua esse caráter mais ativo que o juiz exerce no *patteggiamento*, pois embora seja expressão da justiça consensual pode ser efetivado mesmo no dissenso das partes, especificamente na recusa infundada da acusação. Por consequência, a vontade do promotor é substituída pela decisão do juízo, contudo, isso não se estende a vontade do acusado, sem a qual o acordo não poderá prevalecer. Ao fim, o autor reconhece a existência de um direito subjetivo do imputado de ter o *patteggiamento* reconhecido quando escolhe pela sua realização. (FRANCO, 2020, p. 218).

Desse modo, o juiz na tradição italiana difere em muitos aspectos do juiz da tradição da *common law* norte-americana ao fazer uma análise não meramente homologatória e deixar nas

mãos do Ministério Público toda a gestão do acordo, podendo ativamente entender pela sua validade quando o *Parquet* não justificar de forma adequada seu dissenso. Nesse sentido:

Segundo o artigo 444, § 2º, do CPPI, o juiz controla diversos aspectos do pacto, a exemplo da voluntariedade, mas examina especialmente o enquadramento típico dos fatos apresentados pelas partes e a proposta de pena que daí decorre, incluídas atenuantes e agravantes, isto é, a par da tipificação há o exame dos aspectos objetivos e subjetivos relativos à pena. A análise tem por base aqueles elementos produzidos na fase investigatória, inclusive os produzidos pelo defensor (*fascicolo del difensore*). Não se trata de uma apreciação formal, meramente homologatória, mas sim de análise substancial. (FRANCO, 2020, p. 219).

Por fim, é vital ressaltar que para adimplir ao acordo não há a assunção de culpa e a sentença que acolher o pacto não gera efeitos extrapenais (FRANCO, 2020, p. 219-220). Nesse diapasão, eventual rejeição de proposta feita pelo acusado não tem o condão de produzir gravame em seu desfavor, independentemente do tipo de confissão, se a instrução prosseguir. (SANTOS, 2006, p. 63-64).

Ao fim, o magistrado fará todo o controle de admissibilidade do acordo, estudando se há justa causa para proposição de ação mesmo quando proposto o acordo em fase preliminar, bem como se não incidem causas de excludente de ilicitude, de modo que se tais questões não forem satisfeitas não há que se falar em proposta de *patteggiamento*. (SANTOS, 2006, p. 66-67).

Naturalmente, a inserção destes mecanismos exemplificados recebe críticas, mas aparenta ser mais festejada do que criticada na *práxis* italiana, de modo que, apesar de alegadas flexibilizações de princípios como o da obrigatoriedade, há a defesa de que eles não deixam de existir dentro do ordenamento mesmo com a presença dos acordos, o que afasta consideravelmente a tradição italiana do *plea bargaining* americano.

2.3.2 Experiência alemã

De pronto, é interessante relatar a relação de proximidade que o ordenamento alemão tem com o princípio da obrigatoriedade, contudo a tradição alemã estabelece legalmente situações em que o promotor pode deixar de proceder com a denúncia, havendo dissenso na doutrina sobre a legitimidade destas hipóteses, pois constituiriam fator que denota

discricionariiedade e conseqüentemente juízo de oportunidade. Quem crê que não há mitigação da obrigatoriedade argumenta que:

[...] todas as hipóteses nas quais o Ministério Público pode deixar de oferecer a denúncia estão expressamente delineadas no Código de Processo Penal, logo quando o *Parquet* deixa de denunciar, não faz mais do que observar a lei. Não se diga, pois, que o exercício da ação penal pública pelo Ministério Público é discricionário. (SANTOS, 2006, p.70).

Mesmo que se entenda pela preservação da obrigatoriedade, impossível negar que a tradição alemã chegou a receber influência da ideia de justiça penal consensual, apesar de sua tradição formalista, e mais especificamente, legalista, a introdução das práticas de acordos não teve sua gênese nas leis, mas na prática das cortes. Portanto se desenvolvem na informalidade até o reconhecimento de sua importância na atuação dos atores processuais, o que demandou dos poderes judiciário e legislativo a busca de sua regulamentação. A barganha torna-se, aos poucos e de forma imperceptível, ou mesmo escondida do crivo público, rotina no direito alemão, este que é reconhecido mundialmente pelo respeito à legalidade. (VASCONCELLOS; MOELLER, 2016, p.16).

Dentro desta lógica, o exemplo mais acabado dessa prática no sistema alemão é o *Absprachen* que, apesar de se assemelhar ao *plea bargaining* nasce na informalidade e ocorre com base na confiança. Diferentemente com o instrumento americano, não ocorre assunção formal de culpa, mas confissão do acusado que é formalizada e valorada no tribunal como prova de culpabilidade, em troca, o juiz compromete-se a limitar a pena a um teto, ou ainda, o promotor pode se comprometer a retirar uma ou outra acusação. (NARDELLI, 2014, p. 353).

Em complementação ao uso da confissão:

[...] Quando desse movimento de criação, o acordo estabelecia que, com a confissão, haveria uma agilização do processo e uma limitação da pena a ser imposta. Conforme o conteúdo e detalhamento da confissão, não haveria a necessidade de maior ou de qualquer dilação probatória. A negociação poderia acontecer antes ou durante o julgamento, com o possível envolvimento da acusação, do juízo e da defesa. [...]. (BRANDALISE, 2015, p. 88).

Importante ressaltar que o juízo tinha grande protagonismo ao conduzir a realização desse acordo quando que a fase de investigação preliminar se encontrava no fim, tanto que uma

vez iniciado o processo poderia ele mesmo negociar com o acusado. (VASCONCELLOS; MOELLER, 2016, p. 21).

Ocorre que, como os acordos não tinham regramento legal prévio sua obscuridade e possibilidade de arbitrariedades preocupavam os críticos de sua prática desde que sua existência veio à tona. Brandalise aponta que o *Absprachen* causou controvérsias quanto a possibilidade de concessão de promessas ao acusado em troca de sua confissão, isso porque o princípio da verdade material impediria a realização de qualquer proposta que vinculasse a pena. Outro fator era o questionamento da validade de acordos realizados fora de audiência pública, pois tal prática feriria a legalidade, oralidade, publicidade e imediação do ato, pois renunciava-se à punição proporcional à severidade do delito e culpabilidade o acusado. (BRANDALISE, 2015, p.88).

Ainda neste aspecto, o autor afirma que a menor punição fere o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* pois obtêm-se a confissão forçada do imputado que a realiza sob ameaça de sofrer condenação mais grave caso negue a oferta. O princípio do devido processo legal e o julgamento justo também seriam vilipendiados pois exigia-se que a confissão fosse imediata para garantir a manutenção da proposta, fator que seria agravado pelo fato de o juiz atuar como negociador e como responsável por impor a pena, produzindo desequilíbrio na relação das partes em favor da acusação. (BRANDALISE, 2015, p.88).

Desde 1997, a corte superior alemã (BGH) traça parâmetros mínimos para os acordos serem realizados preconizando: o seu processamento em audiência pública, devidamente registrada, com conhecimento e presença de todos os participantes; a condução de um acordo em consonância com a culpa do acusado na prática do delito (veda-se *charge bargaining*); a vedação de pressões que façam o acusado achar que a sentença será mais grave caso não aceite o acordo, entre outros fatores. (BRANDALISE, 2015, p.89).

Por fim, outras orientações e normativas foram editadas com o fim de buscar dar segurança jurídica aos acordos, até que em 2009, o CPP alemão, conhecido como *Strafprozessordnung* (StPo), é editado e reconhece a possibilidade de acordos consensuais. (VASCONCELLOS; MOELLER, 2016, p 24).

Entretanto, as críticas ainda persistem, uma vez que apesar da formalização “[...]a regulamentação é criticada em razão do excessivo poder discricionário fornecido aos julgadores para incentivar o acordo (pressionar e ameaçar os acusados) e, posteriormente, optar por cumprir ou não as promessas realizadas (limites da sanção penal definidos).” (VASCONCELLOS; MOELLER, 2016, p 24). Os autores ainda apontam a desconfiança no

adimplemento das novas regulamentações pelos juízes que já estavam acostumados com a informalidade na prática.

De todo modo, o referido acordo é prática que veio para ficar, o que sugere sua funcionalidade em gerar vazão no sistema processual, de outro modo a corte superior e o legislativo não tentariam regulamentá-lo, mas proibi-lo.

Para fins deste trabalho, importante ressaltar que quanto à confissão, seu uso em eventual não consecução do acordo conhece limites, mas há a sugestão da possibilidade de que ocorra:

Caso o acordo não seja aceito ou finalizado, a confissão do arguido acontecida durante a negociação não pode ser utilizada contra ele (§ 257c, nº 4, do StPO). De qualquer maneira, ainda que seja aproveitada, ela deve estar em consonância com o restante da prova realizada, na medida em que ela não basta por si só. (BRANDALISE, 2015, p. 93).

Vale apontar, por fim, que na Alemanha, à exemplo da Itália, existe o procedimento monitório, também chamado por decreto penal, ou ainda “ordens penais”, como se refere Brandalise que muito bem resume como ocorre o rito ao pontuar que nesta modalidade o Ministério Público alemão apresenta a acusação escrita ao juízo, requerindo uma punição que consiste em multa, suspensão de direitos ou suspensão da pena por até um ano. Sendo aceito pelo juízo o acusado é comunicado e tem duas semanas para apresentar objeções, ao final, se não se opor o requerimento ele gerará efeitos como um julgamento. (BRANDALISE, 2015, p. 96).

Havendo objeções, há a necessidade de proceder-se com a instrução processual com produção de provas que ao fim podem levar ao julgamento do mérito ou aplicação de outras medidas consensuais, estas dependentes de anuência da acusação. O autor ainda acentua a forte influência do Ministério Público, motivo que justifica as raras negativas judiciais aos seus pedidos. (BRANDALISE, 2015, p. 96).

Observamos ao fim que existem diferenças consideráveis entre os ordenamentos continentais da *civil law* e que transitam entre um sistema acusatório e inquisitivo onde por mais que ocorram expansões legislativas em prol de direitos do imputado contam com grande poder diretivo do juiz na instrução e mesmo na fiscalização de acordos da iniciativa da acusação, o que difere diametralmente da prática adversarial do *plea bargainig*. Apesar disso sua influência nestes ordenamentos não pode ser ignorada, e os exemplos pinçados das tradições de justiça negocial de duas das principais referências ao Brasil no que tange a sua tradição

servirão de comparativo e parâmetro para a análise de sua própria experiência com a justiça penal consensual, da qual passaremos a discorrer a seguir.

2.4 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Feitas as considerações e traçado o pano de fundo de origem e exemplos de reflexos da influência do consenso dentro da justiça penal em experiências externas, de tradições jurídicas completamente diferentes e semelhantes, interessante discorrermos um pouco sobre os instrumentos que nasceram em nosso ordenamento e que deram origem ao ANPP. Nesse sentido, seriam os principais mecanismos consensuais que visam a ideia de não processar:

1) a composição civil dos danos, prevista no artigo 72 da Lei n.º 9.099/1995; 2) a transação penal, disposta no artigo 76, também da Lei n.º 9.099/1995; 3) a delação ou colaboração premiada prevista especificamente no artigo 4º, § 4º, da Lei n.º 12.850/2013; 4) o acordo de leniência, nos termos dos artigos 87 da Lei n.º 12.529/2011 e 16 da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013), que tem sido firmado mediante a participação do Ministério Público, por ser o titular da ação penal pública; 5) o parcelamento de débito tributário, já que a sua formalização, antes do recebimento da denúncia, é causa de suspensão da pretensão punitiva, impedindo, pois, o oferecimento da peça acusatória pelo membro do Ministério Público, conforme o artigo 83, § 2º, da Lei n.º 9.430/1996; e 6) para Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 288–289), o termo de ajustamento de conduta ambiental, previsto no artigo 5º, § 6º, da Lei n.º 7.347/1985. (MESSIAS *apud* LIMA, 2020, p.97).

Como o recorte utilizado pelo autor focou-se em acordos que visam a não proposição da ação penal, não incluiu aqui a suspensão condicional do processo do art. 89 da Lei n.º 9.099/95. Isso ocorre porque a *sursis* é proposta depois de efetuada a denúncia e iniciado o trâmite da ação penal, entretanto para os fins deste trabalho, será de interesse sua consideração. Tal justifica-se uma vez que propõe-se demonstrar não apenas acordos que visam impedir a deflagração da denúncia ministerial, mas também aqueles que visam impedir o prosseguimento da ação e que ainda assim não levam a uma pena. Desse modo, constitui-se a suspensão em medida que visa transigir quanto a possibilidade de impedir o trâmite final do processo, portanto se insere, a fim e a termo, na lógica de um acordo penal ainda que não pré-processual.

Feitas estas considerações, para o recorte proposto, ocorrerá uma análise mais detida à Lei 9.099/95, que inaugura a justiça penal consensual no Brasil, e por conseguinte pontuaremos

as principais discussões que a transação penal e a suspensão condicional do processo suscitaram, uma vez que estes são os principais institutos utilizados para a negociação de crimes comuns, de modo que celebrados por pessoas de todos os tipos e classes sociais, tendo por critério crimes que podem ser praticados por qualquer um e não aqueles de maior complexidade ou de objeto mais estrito como visam o Acordo de Leniência, a Delação ou Colaboração Premiada que objetiva mais organizações criminosas, ou ainda o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) Ambiental, por exemplo. Outro fator que suscita a análise destes institutos reside no fato de serem a referência prática maior em nosso ordenamento para todos os acordos que vieram depois, de modo que as críticas e os elogios suscitados em relação a eles podem servir à vindoura discussão do ANPP.

Nestes termos a Lei 9099/95 nasce da necessidade regulamentar proveniente do comando do art. 98, I da Constituição Federal (CF) que determina:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;(BRASIL, 1988).

A partir daí, o poder legislativo não tardou em trabalhar para editar a lei que daria corpo aos juizados especiais. Em fevereiro de 1989, foi publicada no Diário do Congresso Nacional a Exposição de Motivos da referida lei, subscrita por Michel Temer, na época deputado e autor do projeto, que viraria o atual instrumento legal. Entre seus fundamentos, interessante acentuar o seguinte excerto:

A norma constitucional que determina a criação de juizados especiais para as denominadas infrações penais de menor potencial ofensivo, com as características fundamentais que indica, obedece à imperiosa necessidade de o sistema processual penal brasileiro abrir-se às posições e tendências contemporâneas, que exigem sejam os procedimentos adequados á concreta efetivação da norma penal. E se insere no rico, filão que advoga a manutenção como regra geral, dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, abrindo, porém, espaço à denominada discricionariedade regulada, contida pela lei e submetida a controle jurisdicional.

Com efeito, a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade ou disponibilidade da ação penal pública, mostrou com toda evidência sua falácia e hipocrisia. Na prática, operam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticos, inclusive entre os órgãos da persecução penal e judiciais. Não se desconhece que, em elevadíssima porcentagem de certos crimes de ação penal pública, a polícia não instaura o inquérito e o MP e o juiz atuam de modo a que se atinja a prescrição. Nem se ignora que a vítima - com que o Estado até agora

pouco se preocupou - está cada vez mais interessada na reparação dos danos e cada vez menos na aplicação da sanção penal. É por essa razão que atuam os mecanismos informais da sociedade, sendo não só conveniente como necessário que a lei introduza critérios que permitam conduzir a seleção dos casos de maneira racional e obedecendo a determinadas escolhas políticas.

Por outro lado, o procedimento oral tem demonstrado todas as vantagens onde aplicado em sua verdadeira essência. A concentração, a imediação, a identidade física do juiz conduzem à melhor apreciação das provas e à formação de um convencimento que realmente leve em conta todo o material probatório e argumentativo produzido pelas partes. A celeridade acompanha a oralidade, pela desburocratização e simplificação da justiça. Ademais, um procedimento sumaríssimo, que não sacrifique as garantias processuais das partes e da jurisdição, é o que melhor se coaduna com causas de menor complexidade. (BRASIL, 1989).

Começa o autor portanto a pavimentar a sua justificativa para o aumento de oralidade e informalidade nos procedimentos penais e apesar de não afirmar o recebimento do princípio da oportunidade, entende pela mitigação da obrigatoriedade da ação penal pública. De modo que ao fim critica a forma como os órgãos de persecução penal atuam, sugerindo que se encontram descredibilizados e supostamente atuariam de modo negligente, e ainda, usa a visão da vítima que mais teria interesse em ter o dano reparado do que a sanção penal aplicada, o que denota um descompasso na aparente vontade social pela expansão da pena e da punição corporal no contexto atual.

Em prosseguimento o autor legitima a proposição dizendo que deriva do estudo do direito comparado:

Para chegar ao resultado final, ora apresentado, partiu-se da análise do tratamento dispensado à matéria no direito comparado e em projetos brasileiros, a fim de verificar até que ponto poderia deles valer-se para uma legislação moderna, mas adequada à nossa realidade (sic). (BRASIL, 1989).

Naturalmente, o autor passa a citar a tradição anglo-saxã e o direito continental, e afirma:

No direito comparado, foram descartadas as soluções dos sistemas que adotam o princípio da oportunidade da ação penal, como norte-americano, com o *plea bargaining*, o francês (art. 40 CPP), o alemão (art. 153 CPP) e outros, dentre os quais não se olvidaram, por sua atualidade e publicação, o Projeto argentino de Código Penal federal e o Projeto de Código de Processo Penal Tipo para a América Latina. Sendo da nossa tradição os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade de ação penal pública, preferiu-se utilizar como primeiro parâmetro as legislações mais modernas que, embora guardado fidelidade aos mencionados critérios, adotam a denominada discricionariedade controlada com ralação a delitos de menor gravidade. Ou seja, a lei italiana nº 689, de 24 de novembro de 1981, intitulada "Modificações ao sistema penal. Descriminalização" e o Código de Processo Penal português de 17 de

fevereiro de 1987, bem como o recentíssimo Código de Processo Penal da Itália. (BRASIL, 1989).

Portanto, sugere que optou por uma guinada a fim de desburocratizar o sistema sob preceitos mais regrados, tanto que cita a experiência italiana como inspiração, mas afasta a *plea bargaining*, o *Absprachen* e demais mecanismos alemães como exemplos a serem seguidos considerando a disponibilidade que eles fornecem aos atores que podem mobilizá-los de forma menos regrada.

Neste contexto nascem a transação penal e a suspensão condicional do processo (*sursis processual*) como os mecanismos que prometem gerar a eficiência e que serão discutidos a seguir.

2.4.1 A transação penal

Disponibilizada no art. 76 da Lei 9099/95, em termos simples e introdutório a transação penal pode ser definida como:

[...] acordo – daí o nome *transação* – entabulado entre o Ministério Público e o atuado, no qual o primeiro propõe ao segundo a aplicação imediata de uma *pena* pecuniária ou restritiva de direitos. Aceita a *sanção* pelo pretense autor do fato, devidamente assistido por um defensor, o magistrado homologa por sentença a avença, impondo-lhe a *reprimenda* ajustada[...] (SANTOS, 2006, p. 7).

Deste modo, não há deflagração de ação penal uma vez cabendo a transação penal se atendidos os requisitos objetivos e claro, existindo a pretensão da acusação de propor a ação penal, pois se for causa de arquivamento não há que se falar em ação penal e muito menos em transação como pode se depreender do *caput* do artigo 76 da lei 90099/95:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor

a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta (sic). (BRASIL, 1995).

Quanto aos requisitos, a lei faz um juízo de circunstâncias que afastam a aplicação do instituto em seu §2º:

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. (BRASIL, 1995).

Portanto, ser reincidente, já ter sido beneficiado anteriormente pelo benefício dentro de 5 anos e possuir maus antecedentes, bem como outros fatores negativos concernentes ao art. 59 do CP podem afastar a aplicação do benefício.

Outro requisito é depreendido do conceito de crime de pequeno potencial ofensivo que tem critério atrelado unicamente ao *quantum* da pena, nesse sentido:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (BRASIL, 1995)

Portanto a transação demanda que o delito em discussão seja de pequeno potencial ofensivo, ou seja, não tenha pena máxima superior a 2 anos.

Aceita a proposta o juiz fará a análise de proporcionalidade e validade do acordo:

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível. (BRASIL, 1995)

Passado pelo crivo do magistrado, a sentença, que teria caráter homologatório, garantiria a validade jurídica do acordo e passaria a produzir efeitos, ocorrendo a extinção do feito com o cumprimento das condições pautadas. O mais interessante é a vedação do uso da sentença homologatória como título executivo de qualquer obrigação civil.

Feitas estas considerações preliminares, podemos ressaltar que desde sua inserção a transação penal suscita discussões.

A primeira é quanto à definição que foi citada ao início deste tópico, onde o professor Marcos Paulo Dutra Santos vê problema nos vocábulos “pena”, “sanção” e “reprimenda” que por vezes a letra da lei se vale, o que faz parecer que o instituto se trata de um acordo que antecipa uma sentença condenatória e que os requisitos de seu cumprimento configuram uma forma de execução penal, o que não seria o caso, pois:

[...] a transação penal não resulta na imposição de pena alguma – propõe-se ao atuado o cumprimento de certa(s) regra(s) de conduta, em troca da extinção da punibilidade do crime motivador do pacto. [...] (SANTOS,2006, p.198)

Apesar disso, do ponto de vista dos maiores críticos do instituto como Prado (2006), não é o que parece. A transação penal seria não só a aplicação de penas-restritivas de direitos como seria meio pelo qual se chega a uma sanção sem o exercício do devido processo legal. Tal ocorreria sob premissas constituídas em cima de uma investigação prévia simplificada (Termo Circunstanciado), sem ampla defesa, sem contraditório e sem atividade probatória. Por fim, produzindo-se a sanção, para todos os efeitos, por conta de uma admissão de culpa mesmo que tácita por meio da suposta verdade do consenso que substituiria a verdade construída no processo (PRADO,2006, p. 209-212).

Nesse sentido:

Na ótica do acusado é indiscutível que há condenação e este se sente culpado. O status jurídico, baseado na não reincidência e ausência de efeitos no plano civil, não é argumento suficiente para modificar a percepção que, no cotidiano do foro, induz muitos investigados a não aceitarem a transação. (PRADO, 2006, p. 212-213).

O argumento de Prado ganhava força antes da edição da Súmula Vinculante nº 35 que diz:

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial. (BRASIL, 2014)

Antes dela, não era impossível ver decisões onde ocorria a conversão dos termos da transação, no caso de descumprimento, em pena de prisão, o que de fato é inconstitucional dentro da lógica de que não houve devido processo legal. Portanto, apesar dos argumentos de Prado é evidente que nossa corte suprema não partilha da noção de que a transação penal configura um meio de impor pena a ser cumprida porque, como demonstrado, o seu descumprimento não enseja a conversão da suposta pena restritiva em pena privativa de liberdade. Contudo, inegável que, na prática o arguido realiza obrigações que se assemelham às penas restritivas de direitos

Outra crítica se relaciona especificamente ao procedimento preliminar investigatório simplificado e as consequências que a falta de um juízo de procedência profundo gera na prática do acordo, levando a um oferecimento automático da transação penal em casos onde não estariam presentes indícios mínimos de autoria e materialidade para oferecimento da denúncia:

Recebido o material colhido nessa fase, nem sempre confiável, aliada à enorme demanda de casos pendentes, deu-se a prática de designação automática de audiência para o oferecimento da transação penal, quase que numa linha utilitária e com certo automatismo. O cenário tornou solo fértil para que o parquet apenas se debruçasse de modo mais detido sobre os fatos perquiridos no momento da mencionada audiência preliminar.

Analisados previamente, muitos dos casos poderiam ser arquivados por diversos motivos – atipicidade, insignificância, falta de justa causa, dentre outros –, sem a necessidade da realização de audiência, que demanda estrutura e participação de todos os atores processuais envolvidos. É dizer: uma análise prévia mais detida poderia implicar em sensível redução da quantidade de ações pendentes no Poder Judiciário – justamente um dos pilares da razão de ser da justiça negociada. (GONTIJO, 2021, p.32).

Neste ponto de vista, a transação penal na prática pode ter contribuído não para a minimização, mas para a maximização do Direito Penal:

Corroborando a crítica à transação penal, Maria Lúcia Karam afirma que o instituto amplia o controle social estatal, com a expansão do poder punitivo do Estado a partir da punição de condutas que deveriam ser descriminalizadas, para além da imposição antecipada de pena em desrespeito às garantias constitucionais de que gozam os acusados em processo penal. A experiência corrobora a crítica da jurista, diante da grande quantidade de casos levados praticamente de forma automática à audiência preliminar nos Juizados Especiais Criminais para proposição de solução consensual que tratam de imputações verdadeiramente atípicas ou insignificantes, que seriam casos de arquivamento (GONTIJO apud KARAM, 2021, p. 32).

Novamente, Karam faz uma leitura em que a contraprestação efetuada pelo autor do fato é considerada pena. Entretanto, se não considerada assim há quem entenda pela transação penal como mecanismo de despenalização:

É indiscutível que o nosso ordenamento penal (processual, inclusive) tornar-se-á mais justo e ágil quando sobrevier uma profunda descriminalização de várias infrações. Este é o ideal. Mas enquanto esta solução não se materializa, é inegável que a transação penal, da maneira através da qual foi concebida pela lei – acordo entre autuado e o Ministério Público, que buscava evitar a ação penal mediante o cumprimento de regra(s) de conduta(s) pelo primeiro, não consubstanciando condenação criminal alguma – não pode ser descartada, porquanto a despenalização proporcionada pela transação representa uma evolução em direção à descriminalização. (SANTOS, 2006, p. 201)

Nosso ordenamento observa com bons olhos os efeitos da transação. O motivo se traduz no aspecto de afastar a possibilidade do processo pelo preço de realizar condutas (na prática idênticas às penas restritivas) sem qualquer revés no ponto de vista registral (antecedentes) ou sobrevivendo gravame ante seu eventual descumprimento. Isso pode cooperar de fato para que se evite as mazelas do processo que apesar de garantidor pelos princípios pode se mostrar cruel para aqueles que são submetidos a ele como já argumentado pelos guardiões da justiça negociada. Contudo, isso não impede a prática abusiva do acordo, com seu uso “a toque de caixa” como sugeriu Gontijo, o que pode mecanizar a justiça e não gerar a sensação de retribuição e proporcionalidade-ao investigado.

Outro fator interessante remonta à possível solução no caso em que o MP não ofereça a proposta de transação, especialmente considerando que os critérios de seu deferimento são cumulativos e, especificamente aqueles do art. 76, §2º, III da Lei 9099/95 são de caráter subjetivo, à semelhança daqueles usados na dosimetria da pena no art. 59 do CP.

Nesse sentido, como há critério subjetivo, por vezes o promotor poderá negar o deferimento do acordo, o que suscitou na mente de muitos que o juiz poderá deferir o acordo independente do alegado pelo promotor para negar, pois constituiria direito subjetivo do acusado:

[...] pensa-se que a realização do acordo é um direito do acusado, se o caso concreto se adequar às determinações legais e, assim, não há que se admitir recusa do acusador público, já que é patentemente arbitrária. Portanto, seja a partir de requerimento da defesa ou, até de ofício, o juiz deve garantir a sua concretização, se houver o consentimento do suposto autor do fato. Em último caso, também parece legítimo o não recebimento da denúncia, que se mostra, inclusive, opção preferível, por transferir o gravame causado pela injustificada recusa ao seu causador, o membro do Ministério Público. O que, por certo, não se pode aceitar é a obstaculização do exercício de tal direito, seja por decisão do promotor ou de seu superior (Procurador-geral de Justiça). (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015, p. 1118)

Contudo, há quem entenda ser de outro modo, uma vez que a oferta da transação estaria em tese ligada à obrigatoriedade ou não da proposição da ação penal pública:

Assim, tudo o que disser respeito à ação penal pública submete-se ao crivo e à iniciativa exclusivas do *Parquet*. A interferência do magistrado nessa seara, além de imprópria, porquanto acusar não é sua função, seria indesejável, pois comprometeria a sua imparcialidade – quem pretende julgar há de permanecer equidistante; não pode pender para a defesa, nem tampouco para a acusação. (SANTOS, 2006, p. 138).

A corte suprema também entende assim, pois analisando a questão pelo ponto de vista da *sursis* processual previu na Súmula 696:

Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2003).

Portanto, a eventual negativa do promotor em ofertar a transação deve ser remetida não ao juízo, mas ao Procurador-Geral do Ministério Público que revisará, de modo que a negativa de oferta deve ser fundamentada, uma vez que a oferta é poder-dever do promotor que é obrigado a oferecê-la, caso atendidos os requisitos, sendo análise necessária antes da oferta da

denúncia (SANTOS, 2006, p. 145). Tal entendimento se estendeu à transação e figurará no ANPP.

Diversas outras questões em sede de transação penal podem ser suscitadas, como as críticas que apontam falta de barganha de fato, o que faria a transação não ser mais do que um contrato de adesão, pois tem cláusulas idealizadas por apenas uma das partes (acusação), restando ao sujeito passivo aceitá-la ou não. (SANTOS apud PRADO, 2006, p. 191-192). Isso traz novamente à baila a discussão da voluntariedade do autuado nos institutos despenalizadores.

2.4.2 A suspensão condicional do processo

Proveniente da mesma Lei nº 9099/95, o legislador, considerando a impossibilidade da transação penal e protocolada a denúncia ministerial a persecução penal ainda poderá ser suspensa ante a possibilidade de oferta da suspensão condicional do processo, nesses termos a lei define o instituto:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). (BRASIL, 1995).

Portanto, de início percebe-se que o campo de incidência quanto aos delitos acaba por ser maior do que o campo em que a transação penal se insere, pois o critério se pauta em delitos com pena mínima de até 1 ano, de modo que recepciona delitos outros que não os de pequeno potencial ofensivo mais os de médio, ou seja, ela incide com maior facilidade em casos que tramitem na justiça criminal comum, não apenas no Juizado Especial.

Da leitura do texto expresso no art. 89 da Lei 9.009/95 se extrai que o legislador não impôs qualquer restrição ou ressalva quanto ao âmbito de aplicabilidade do instituto, diferentemente do que fez com relação à transação penal. Sendo assim, tem-se por

evidente a sua intenção no sentido de que todo e qualquer crime ou contravenção, mesmo previstos em leis especiais, sejam alcançados pelo benefício do *sursis* processual, desde que suas penas mínimas em abstrato não ultrapassem em um ano. (CARVALHO, 2010, p.35).

Nesse sentido, a pena mínima em abstrato corresponde ao *quantum* mínimo de pena estabelecido para um delito sem a apreciação concreta dele por um juízo, por exemplo o delito de furto simples que tem pena mínima de 1 ano e máxima de 4 anos. Uma pessoa que cometa este delito atende ao critério da pena mínima abstratamente cominada.

Os demais requisitos expressos apresentados são a inexistência de processo concomitante, ou seja, que não esteja tramitando outro processo ao mesmo tempo em que ocorre a análise deste no qual se avalia o deferimento ou não do benefício e; que o sujeito passivo não tenha sido condenado por outro crime anteriormente. Além disso, ao instituto aplicam-se os critérios referentes ao art. 77 do CP, que são critérios de deferimento da *sursis* penal, especialmente o inciso II, que propõe como condição avaliar: “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.” (BRASIL, 1941). Nestes termos, importante ressaltar que a condenação anterior em pena de multa não poderá impedir o deferimento da *sursis* processual, nos termos do §1º do mesmo artigo 77 do CP.

Quanto aos termos a serem cumpridos a lei determina:

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. (BRASIL, 1995).

Na prática não é tão diferente das penas restritivas de direitos quando se pensa no inciso II ou dos efeitos da execução destas penas em referência aos incisos III e IV. Contudo, especificamente no inciso I não falamos simplesmente de uma prestação pecuniária, multa ou perdimento de bens, mas de reparação do dano e a importante possibilidade deste critério ser afastado, excepcionalmente, quando demonstrado que o autuado não tem condição de realizá-lo.

A introdução deste conceito de reparação do dano supostamente atende uma preocupação que nasce com o advento da justiça penal negocial, qual seja a reparação do dano sofrido pela vítima, preocupação que a *sursis* processual teria atendido:

[...] Essa demonstração evidente do legislador de que busca resguardar os interesses da vítima, serve para mostrar que essa nova realidade jurídica que é a Lei nº 9.099/95 veio para ficar, nascendo como um instrumento necessário nos tempos modernos [...] (CARVALHO, 2010, p.49).

Quanto ao §2º, apesar de suscitar a liberdade do juiz de facultativamente apontar novas condições, o MP também poderá propor condições facultativas:

[...] na realidade nenhum impedimento de qualquer ordem existe quanto a esta iniciativa partir do Ministério Público, até porque, *in casu*, se impõe a máxima “se pode o mais – estabelecer as condições obrigatórias – pode o menos – sugerir ou propor condições de aspecto formal e legal, se o acriminado preenche os requisitos exigidos por lei, e por fim, se as condições observam ou atendem aos subprincípios retro citados (CARVALHO, 2010, p.30).

Nesse aspecto, o juiz ainda mantém, assim como na transação penal, a função de fiscalizar a proporcionalidade e a legalidade do acordo, de modo que não pode permitir que questões suscitadas como condições facultativas que não sejam adequadas ao caso concreto possam passar livremente. Deve haver uma lógica entre o delito cometido e a contraprestação esperada a fim de reparar os danos causados pelo sujeito. Por exemplo, não faria sentido suspender a carteira de habilitação de quem está sendo acusado de furtar um celular deixado em cima da mesa e fugir correndo a pé.

Quanto ao prosseguimento do cumprimento da suspensão:

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos. (BRASIL, 1995).

Desse modo, fica demonstrado, no §3º, que mesmo quando cabível a reparação do dano ela pode ocorrer durante o período da suspensão, não sendo pré-requisito para que seja assinado o acordo. Como imaginado o aparecimento de qualquer fato novo que afete os requisitos de oferta da suspensão, durante seu cumprimento, tem a revogação como consequência direta.

Assim como a transação penal, a suspensão condicional recebe algumas críticas, como a consideração de critérios subjetivos como os constantes do art. 77 do CP e o fato de sua oferta ficar condicionada à discricionariedade do MP. Apesar disso, também é compreendido como poder-dever do órgão ministerial. Então, se sua oferta for negada o sujeito passivo pode questionar a recusa judicialmente, requerendo a reanálise do oferecimento pelo Procurador-Geral.

A suspensão ainda levaria o caráter entrevado de acordo que não admite muita barganha de fato, ou seja, o MP chega com uma proposta pronta, de modo que em regra cabe ao autuado aceitar ou não, não havendo espaços para discussão dos termos propostos:

O que se tem de inegável do ponto de vista prático é que, com a formalização da proposta de suspensão condicional do processo por parte do Ministério Público, quando do momento da manifestação do acusado acerca da aceitação ou não da mesma, poderão esse e seu defensor fazer uma contraproposta, passiva ou não, de ser recepcionada pelo representante do Órgão Promotorial. Há entendimentos no sentido de que nem o Ministério Público estará obrigado a negociar, nem o acusado a aceitar a proposta levada a efeito por esse. (CARVALHO, 2010, p.33)

Portanto, querendo ou não, difícil será a alteração das cláusulas do acordo por parte da defesa se partirmos do pressuposto de que a abertura para negociação fica ao sabor do promotor que oferta a proposta, de modo que a bilateralidade do acordo pode ser mais formal do que prática.

O art. 89 nada fala em assunção de culpa e necessidade de confissão para que se realize o acordo. Apesar de sofrer críticas comuns aos acordos criminais, por se encontrar dentro da ação penal, a *sursis* processual acaba sofrendo menos acusações de atentar contra a obrigatoriedade da ação penal e de ser meio de antecipação de pena mesmo estipulando condições que remetem à PRD.

Como a proposta aqui é transacionar sobre o procedimento, o feito será extinto ao final do período de suspensão, não havendo que se falar em condenação. Com o cumprimento das obrigações acordadas, o acusado não ficará com maus antecedentes, remanescendo, apenas, a limitação temporal de realizar nova suspensão em proporcionalidade à transação penal.

Observados os dois principais institutos da justiça negocial brasileira, nos resta passar para a próxima parte deste trabalho, agora introduzindo o acordo de não persecução penal, que reaviva questões outras que remanesceram em crítica ao sistema negocial e inaugura novas como a necessidade da confissão para sua realização.

3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

3.1 ORIGEM, JUSTIFICATIVAS E CONCEITO

O acordo de não persecução penal nasce com o advento da Resolução n°181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que posteriormente foi atualizada pela Resolução n° 183/2018, que visou corrigir alguns pontos que sofreram críticas, mas que não impediram o questionamento da constitucionalidade do artigo 18 da referida Resolução por diferentes organizações:

A Associação dos Magistrados Brasileiros e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizaram, respectivamente, asADIs n.º 5.790/DF e n.º 5.793/DF contra o **hoje revogado** artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, que, contudo, foi posteriormente modificado pela Resolução n.º 183/2018, também do CNMP, oportunidade em que vários dispositivos questionados receberam os devidos ajustes. Nada obstante, as entidades acima insistiram na **inconstitucionalidade** formal do dispositivo que inaugurou no país o acordo de não persecução penal, o que levou alguns juristas a duvidar da validade do **hoje revogado** artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP. (MESSIAS, 2020, p. 120-121)

Como o autor bem determinou, hoje a referida resolução, quanto à disposição do ANPP, se encontra revogada em decorrência da vigência da lei 13.964/2019, chamada popularmente de Pacote Anticrime, que alterou a redação do Código de Processo Penal incluindo as disposições do instituto em seu art. 28-A.

Por conta deste fator as referidas ADIs perderam seu objeto, de modo que não foram ao fim apreciadas. Pelo mesmo motivo, não faria sentido explanar com detalhes as disposições da Resolução, visto que não se objetiva aqui estudar as pequenas mudanças entre um regramento

ou outro, entretanto vale a pena analisarmos a exposição de motivos do CNMP para idealizar o acordo de não persecução penal:

Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais;
Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais, RESOLVE, nos termos do art. 130-A, § 2º, I, da Constituição Federal, expedir a seguinte RESOLUÇÃO: (BRASIL, 2017).

Portanto, a justificativa se escora no mesmo motivo que geralmente legitima a proposição de flexibilizações dessa natureza, a necessidade de celeridade e eficiência e a oportunidade de uma situação mais vantajosa e menos estigmatizante ao acusado.

Quando foi disciplinado pela Lei nº 13.964/2019, proposta na época pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro, esta resolveu a discussão de inconstitucionalidade formal da existência do instituto na esfera do direito processual penal. A lei sofreu algumas inclusões e outras exclusões para formar aquilo que seria seu texto final, em sua exposição de motivos, o acordo é legitimado da seguinte forma:

[...]O art. 28-A. estende a possibilidade de acordo quando o acusado confessa o crime de pena máxima inferior a quatro anos, praticado sem violência ou grave ameaça. A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. Desde 1995, a Lei nº 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de 1 ano de prisão. Na esfera ambiental, o Termo de Ajustamento de Conduta vige desde a Lei nº 7.347, de 1995. Os acordos entraram na pauta, inclusive, do poder público, que hoje pode submeter-se à mediação (Lei nº 13.140, de 2015). O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves.

Porém, neste novo tipo de acordo que ora se propõe, as partes submetem-se a uma série de requisitos, citando-se como exemplo a proibição de ser concedida de quem já o tenha recebido nos últimos cinco anos. Por outro lado, pode o juiz recusar a proposta se considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas. É dizer, a homologação judicial dá a necessária segurança à avença. (BRASIL, 2019).

Observamos, portanto, a oferta de uma nova modalidade de acordo que teria um papel sistêmico dentro deste “pacote” de medidas que visam garantir não só a celeridade e eficiência

da prestação jurisdicional, mas também a segurança pública, pois possibilita a concentração de esforços dos órgãos em criminalidade organizada. A presente exposição tenta conferir a conciliação entre a abreviação do procedimento penal para garantir essa velocidade necessária na prestação, mas com observação e respeito ao devido processo penal.

Importante pontuar que quanto ao acordo: “A proposta se amparou em doutrina alemã, a qual se reportavam aos acordos informais (*absprachen*), precursor do acordo de veredicto (*urteilsabsprachen*)” (OLIVEIRA, 2021, p.475). Por estas razões consagra a confissão como meio para a realização do acordo.

Sob estas expectativas, passa-se à análise da legislação que estabelece o instituto e aos comentários das previsões mais interessantes.

3.2 ANÁLISE DAS DISPOSIÇÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL TRAZIDAS PELA NOVA LEI

Atualmente, o instituto do acordo de não persecução penal está regulamentado no artigo 28-A do CPP nos seguintes termos:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

- I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do [art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#);
- IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do [art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou
- V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (BRASIL, 2019)

Portanto, ao observar o *caput* podemos complementar dizendo que, uma vez terminada a investigação preliminar, não sendo caso de arquivamento e reunidos os elementos que conformam a *opinio delicti* da acusação, antes de oferecer a denúncia, o *parquet* poderá oferecer o acordo de não persecução. A proposta poderá ser feita em qualquer delito que não envolva violência ou grave ameaça e que a pena mínima seja inferior a 4 anos, ou seja, pode ser aplicado a delitos contra a Administração Pública e na seara eleitoral. Além disso, no ato de negociação a pena mínima poderá sofrer redução de 1/3 a 2/3 e o *quantum* mencionado sofrerá acréscimos e decréscimos das causas de aumento e diminuição de pena, o que denota cálculo trifásico por parte do Ministério Público para considerar a oferta do acordo (SILVA; REIS; SILVA, 2020, p.88-89).

Desse modo, o presente acordo propõe uma gama ampla de aplicabilidade, mais ampla que a da suspensão condicional do processo, que também se aplica a crimes de médio potencial ofensivo, contudo possuindo, por requisito inédito, a necessidade de uma confissão realizada formal e circunstancialmente. Nesse sentido:

A confissão, além de ser pessoal e formal, deve ser circunstanciada, ou seja, integral, completa, minuciosa, com todos os detalhes e particularidades da prática delituosa, inclusive com relato de eventual participação de terceiro no delito. Não haverá acordo de não persecução penal se a confissão for parcial, com reservas, omissa ou mentirosa, falsa. Se, porventura, o acordo tiver sido realizado e, depois, se descobrir a falsidade da confissão ou que ela não foi integral, o ANPP deve ser desconstituído. Por certo, a confissão deverá ser voluntária, sem qualquer vício de erro, dolo ou coação, fruto da livre vontade do investigado. (CARVALHO, 2021, p.36)

Percebe-se que diferentemente do excerto de Carvalho, a letra da lei afirma que a confissão deve ser feita ‘circunstancialmente’ e não ‘circunstanciadamente’ que era a redação da época da resolução n° 181/2017, essa alteração de grafia daria o sentido de que circunstancialmente seja algo como “para a circunstância do ato” (OLIVEIRA, 2021, p .477), e não detalhada como preconiza o termo “circunstanciada” que na prática é a intenção com que o MP exige a sua realização. A confissão será fator a ser debatido em capítulo específico mais à frente.

Por fim, o *caput* ainda resguarda a análise subjetiva de suficiência e necessidade para prevenção e reprovação do crime, do mesmo modo que nos institutos brasileiros anteriores. Tal previsão gera uma preocupação à parte da doutrina sobre o instituto, uma vez que a análise de

“suficiência” e “necessidade” constitui uma cláusula ampla e adstrita à discricionariedade de cada promotor de justiça:

Essa cláusula abarca o requisito negativo previsto no revogado artigo 18, § 1º, III, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, que, por sua vez, era inspirado no artigo 44, III, do Código Penal. Dada a vagueza de sua redação, a cláusula de abertura permite que o membro do Ministério Público possa, com ampla discricionariedade, negar a investigados a oportunidade de acordo de não persecução penal. É inversamente proporcional a relação entre a subjetividade dessa cláusula e a legitimidade do acordo de não persecução penal: quanto menor a primeira, maior será a segunda, de modo que o rol de vedações exposto alhures deve ser, tanto quanto possível, fechado (*numerus clausus*), e não aberto (*numerus apertus*). Além de possibilitar a ordenação e o controle da atividade ministerial, a existência de requisitos claros é importante, sobretudo, para a esfera jurídica do investigado/acordante. (MESSIAS, 2020, p.40)

A preocupação é válida, pois a previsão de cláusula aberta permite que casos semelhantes tenham desfechos distintos a depender da visão de cada representante do Ministério Público. Por outro lado, caso houvesse apenas condições objetivas, tais previsões diminuiriam os riscos de subjetivismos e garantiriam maior segurança jurídica ao jurisdicionado.

Essa é uma discussão, que mais uma vez resvala naquela que persegue todos os institutos da justiça penal negociada, a da natureza jurídica dos benefícios, se configura direito subjetivo do investigado ou se constitui o poder-dever do Ministério Público.

Importante ressaltar que esta questão também se encontra resolvida, primeiro, pelo fato de previamente esse problema ter sido enfrentado no âmbito da *sursis* processual e da transação penal, em que a oferta do instituto é entendida como um poder-dever do MP e conseqüentemente demanda a análise do procurador-geral na eventual recusa. Segundo que, no caso do ANPP, não há a necessidade de uma interpretação extensiva da súmula 696 do STF uma vez que o §14 do art. 28-A determina expressamente a possibilidade de remessa ao procurador em caso da falta de oferta pelo promotor de justiça:

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (BRASIL, 2019).

Ou seja, na prática o §14 tem a mesma redação da Súmula 696 do STF contudo especificamente se refere ao âmbito do ANPP, não demandando a interpretação extensiva que

a transação penal necessitou para aproveitar o teor sumulado que originalmente era indicado para a *sursis* processual.

Quanto a negação do direito subjetivo e afirmação do poder-dever do MP a doutrina, em sua maioria, parece partilhar da mesma opinião de Gontijo, reconhecendo que a disposição da oferta do acordo decorre da mitigação da obrigatoriedade da ação penal pública, que é de titularidade única do promotor de justiça, logo, a ele cabe avaliar a disposição ou não do acordo, de forma fundamentada e orientada:

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

[...] Não há que se falar em direito subjetivo do imputado ao acordo de não persecução penal. Demonstrada a presença dos elementos para a aplicação do instituto, consolida-se o poder-dever do órgão acusador em oferecer ao imputado a opção pela solução alternativa ao processo penal, de modo que se constitui o direito subjetivo à fundamentação da decisão ministerial, e não à realização do acordo. Em caso de negativa pelo órgão acusatório em oferecer o ANPP, seja a pedido da defesa, ou de ofício pelo magistrado, será possível a remessa ao órgão superior do Ministério Público, cuja manifestação vinculará o Poder Judiciário. (GONTIJO, 2021, p. 144-145).

A questão finalmente é completamente dirimida quando analisamos a opinião da corte suprema que consolida na prática a noção de poder-dever do Ministério Público:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35 DA LEI 11.343/2006). INVIABILIDADE. 1. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição. 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público "poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições". 3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. HC 191.464-Agr/SC, Primeira Turma, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020). 4. Agravo Regimental a que nega provimento. (HC 191124 Agr, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES,

Primeira Turma, julgado em 08/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 12-04-2021 PUBLIC 13-04-2021).

Quanto aos requisitos a serem cumpridos previstos nos incisos, o inciso I repete o comando de reparação do dano causado, salvo a impossibilidade de fazê-lo, assim como na suspensão condicional do processo. Também da mesma forma que seus antecessores, o acordo tem critérios pré-definidos e a possibilidade de barganha fica à discricionariedade do promotor de justiça, ou seja, nada garante que ele seja de fato obrigado a negociar, o que pode enrijecer a ideia de barganha.

Em relação ao inciso II, foi levantada hipótese interessante. Constitui na renúncia considerada voluntária de bens e direitos indicados pelo MP como instrumentos, produtos ou proveitos do crime. Nesse sentido, Simões analisa que, considerando o contexto político-jurídico em que o projeto de lei do pacote anticrime nasce, o ANPP, ao considerar a corrupção e a lavagem de dinheiro como delitos que admitem sua incidência pela sua pena mínima de 3 anos, funcionaria como mecanismo de combate a corrupção que alcançaria resultados correspondentes aos anseios públicos. O que ele chama de cruzada ministerial anticorrupção, por meio do inciso II do art. 28-A, garantiria, portanto, uma reparação, pois permite ao MP recuperar estes bens, proveitos e produtos da corrupção com intuito de restituir o erário público (SIMÕES, 2020, p. 7).

Entretanto, o autor pontua uma preocupação válida, tal renúncia a ser apontada pela acusação como condição de procedibilidade do acordo corre o risco de acontecer sem a necessidade de dilação probatória que demonstre nexo de causalidade entre o delito e o proveito, o que pode ser uma afronta ao princípio constitucional da reserva legal, às garantias fundamentais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Como não há processo, não deve o investigado/acusado estar obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa alguma, até porque não há uma sentença que o determine uma vez que não houve devido processo legal e não houve contraditório e ampla defesa neste procedimento, fazendo uma leitura conjunta dos princípios apontados. (SIMÕES, 2020, p. 7).

Esta perspectiva sugere que há uma flexibilização de direitos e da necessidade do investigado de ceder a uma vontade do Ministério Público, que apontará aquilo que considera produto, instrumento ou proveito do crime sem dilação probatória, ou seja, sem a oportunidade de demonstrar nos autos de um processo que os bens apontados não são produtos de crime ou que devidamente são. De outra banda, seria repetida a argumentação de que haverá a voluntariedade narrada no inciso para realizar ou não o acordo e a possibilidade de demonstrar

durante a negociação que o bem em questão não é o que parece ser, mas, novamente, nenhum regramento legal garante a negociabilidade.

Como dito a preocupação é válida pois trata-se de decisão de ampla discricionariedade do Ministério Público e que pode gerar gravame excessivo e desproporcional ao sujeito passivo do acordo, que se verá obrigado a renunciar a um bem ou proveito para realizá-lo. Naturalmente, qualquer margem de barganha representa pequena janela para convencer a acusação a abrir mão da exigência do bem. Como a linha de raciocínio que liga determinado bem a um certo delito não foi obtida pela produção de provas processuais e mesmo assim poderá o bem ser exigido pelo promotor se entender pela sua necessidade, novo ônus é conferido ao investigado que precisará convencê-lo a fim de retirar a discussão deste objeto do acordo. Por essa razão fica evidente que tal exigência carece de melhor regulamentação a fim de conferir ao investigado maior margem de discussão quanto a necessidade e validade da exigência da restituição baseada em indícios de inquérito.

Prosseguindo com os incisos, deve ser compreendido que são critérios cumulativos e alternativos, fica o entendimento pela cumulação dos incisos I a III e alternatividade entre os incisos IV e V pela palavra “ou” no texto que denota a possibilidade de escolha. O inciso V em específico, estabelece ao exemplo da suspensão condicional do processo em relação ao juiz, a possibilidade de adicionar outra condição de sua escolha, “Trata-se de uma cláusula aberta à disposição do órgão ministerial, que encontra limites na proporcionalidade e compatibilidade com a infração penal imputada.” (ARAÚJO, 2021, p.143). Apesar desta abertura, o referido requisito deverá ser analisado pelo juiz quando receber a minuta para avaliação especificamente destes critérios para a homologação.

De todo modo, quanto aos critérios dos incisos, a negociação deve ser permeada pelo raciocínio de que:

[...] as condições a serem pactuadas devem ser ajustadas de modo a **ressarcir adequadamente** a vítima e **recompor suficientemente** o meio social, **vedando-se** a proteção jurídica **desproporcional**, isto é, aquela que se mostre excessiva (*übermassverbot*) ou carente (*untermassverbot*), sob pena de tornar **inconstitucional** a avença. [...]

Dessa forma, as condições avençadas devem produzir benefícios **proporcionais** para **ambos** os acordantes, mirando, sempre, a maior probabilidade de sucesso da avença. Nesse espírito, os acordos de não persecução penal devem assumir a feição de **acordos integrativos**, isto é, do tipo win-win (“ganha-ganha”). [...] (MESSIAS, 2020, p. 48).

Feitas estas considerações, prossegue-se aos parágrafos e que se proceda a análise daqueles que sejam mais relevantes ao acordo.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (BRASIL, 1941).

Como já sugerido, as causas de aumento e diminuição serão consideradas para o cálculo da pena mínima cominada. Ocorre que como o acordo é ofertado pelo MP, a ele caberá operar esses acréscimos e decréscimos, em contrapartida eles devem ser operados de forma a privilegiar o acusado, ou seja, quanto às causas de aumento e diminuição:

A fração aplicável deve ser a mais favorável ao imputado, ou seja, a que **mais diminua** a pena mínima em abstrato (no caso, dois terços). De modo semelhante, em se tratando de **causa de aumento de pena**, aplica-se a fração que **menos aumente** a pena *in abstracto*. (MESSIAS, 2020, p.32).

Isso visa a maior incidência do acordo mesmo havendo a consideração destas causas, de modo que mesmo aquele investigado que contar com alguma causa de aumento naquilo que seria a denúncia poderá ser agraciado com o acordo. O ponto negativo decorre do fato de que essa análise a ser feita pelo promotor deriva apenas dos elementos de inquérito ou da investigação que o MP conduziu, ou seja, não tem origem em elementos formados dentro da lógica do contraditório e da ampla defesa, de modo que podem ser consideradas majorantes sem o devido substrato probatório, impedindo, às vezes, o oferecimento do ANPP.

Tal questão pode afastar o acordo em um primeiro momento, mas nada impede sua oferta depois da denúncia quando demonstrada que a situação fática é outra na realidade. A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu recentemente nesse sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). ART. 28-A DO CPP. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA PRETENSÃO PUNITIVA. ALTERAÇÃO DO QUADRO FÁTICO JURÍDICO. NOVO PATAMAR DE APENAMENTO. CABIMENTO DO ANPP. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - É cabível o acordo de não persecução penal na procedência parcial da pretensão punitiva.

II - No caso em tela, o e. Tribunal a quo, ao julgar o recurso de apelação interposto pela Defesa, deu-lhe parcial provimento, a fim de reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de falsidade ideológica (CP, art. 299), tornando, assim, objetivamente viável a realização do acordo de não persecução penal, em razão do novo patamar de apenamento - pena mínima cominada inferior a 4 (quatro) anos. Houve, portanto, uma relevante alteração do quadro fático jurídico, tornando-se potencialmente cabível o ANPP.

III - **Assim, nos casos em que houver a modificação do quadro fático jurídico, como no caso em questão, e ainda em situações em que houver a desclassificação do delito - seja por emendatio ou mutatio libelli -, uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos para o ANPP, torna-se cabível o instituto negocial.** Agravo regimental provido. (BRASIL, STJ, AgRg no REsp n. 2.016.905/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 7/3/2023.) (grifos nossos)

Desse modo, a exemplo do acórdão acima, concurso material ou formal de delitos e continuidade delitiva são fatores que podem aumentar a pena mínima a ser considerada para o acordo assim como causas de aumento e diminuição. Contudo, uma vez demonstrada que a pretensão acusatória não foi correta ao fazer sua dosimetria e entender o não cabimento do benefício, a acusação deverá propor o acordo novamente assim que ficar evidente que o agora réu atende aos requisitos. Portanto, é um fator de controle que a lei não dispôs e que foi resolvido pelas cortes superiores, gerando maior segurança jurídica para a aplicação do benefício.

O §2º informa critérios negativos, ou seja, critérios que o investigado não pode cumprir. Desse modo o inciso I determina a preferência da transação penal, se couber, logo, não pode o investigado fazer jus a ela e pleitear o ANPP; o inciso II aponta como causa de afastamento a reincidência e critérios subjetivos de habitualidade delitiva já presentes em institutos anteriores e que devem ser analisados sob a perspectiva de que a presunção deve ser sempre pela inocência do investigado quando feitas estas avaliações, que demandam fundamentação e apontamento de critérios razoáveis para o afastamento; o inciso III impede a realização de qualquer novo acordo no prazo de 5 anos depois de realizado um anteriormente; o inciso IV reitera a incompatibilidade dos institutos negociais com crimes que envolvam violência doméstica ou que sejam realizados contra a mulher pelas condições de seu sexo, constituindo política criminal

que visa a repressão cada vez maior destes delitos que já restringem a possibilidade de benefícios penais por meio da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06).

Passando aos próximos parágrafos, apresentam que:

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (BRASIL, 2019).

Percebe-se que muitos dos dispositivos neste trecho (§§ 4º, 5º, 6º e 7º) detalham a atuação do juiz ao fiscalizar e homologar o acordo. Fator muito relevante nesta questão se refere ao atual instituto do juiz de garantias que se encontra suspenso pelas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, pendentes de análise pelo Supremo Tribunal Federal. Caso o juiz das garantias já estivesse em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, a atuação teria efeito direto na aplicabilidade do ANPP, tendo em vista que, de acordo com o art. 3º-B do CPP, este magistrado seria o responsável por homologar, ou não, o acordo de não persecução penal quando formalizado durante a investigação (BRASIL, 2019).

Na falta do juiz das garantias, o inquérito continua sendo acompanhado pelo juiz que atuará na instrução e, portanto, será ele o responsável por homologar, ou não, o ANPP.

Na opinião de alguns seria um instituto muito bem-vindo pois garante em fase pré-processual segurança aos direitos e garantias de todo investigado durante toda a persecução penal que sofrerá. Além disso, garante a imparcialidade do juiz que conduzirá a instrução uma vez ocorrendo a denúncia, ou seja, o juiz que atua no processo não será contaminado pela produção de provas, caso tenha dúvidas para decidir, não pendendo para nenhum dos lados. Para a sociedade, o retorno chega pela garantia de lisura do processo e diminuição de casos de nulidades processuais em fases avançadas do tramite, que muitas vezes decorrem da contaminação cognitiva do magistrado (SIMÕES, 2020, p. 4). Do ponto de vista do ANPP que nasce como proposta extrajudicial a ser apreciada pelo juiz das garantias e não pelo juiz da instrução, tais fatores positivos seriam aproveitados pelo instrumento na mesma monta.

Sendo mais específico, a presença do juiz das garantias é importante para a formalização do acordo de não persecução penal, porque atuará (1) no controle de legalidade do acordo; (2) na garantia das negociações em igualdade entre as partes; (3) na homologação do negócio jurídico e; (4) reforçando o argumento anterior, caso o acordo seja descumprido pelo acusado, o juiz das garantias zelará para que o descumprimento não se torne uma sanção ao sujeito passivo no processo criminal:

Especificamente, quanto a importância que sua existência teria para o Acordo de Não Persecução Penal: Importa salientar que a atuação desse novo personagem é a pedra de toque para que nova forma de justiça negocial introduzida pelo Pacote Anticrime, no art. 28-A do CPP, não afronte os ditames jurídico-constitucionais. É por meio de sua atuação que eventuais desvios legais podem ser constatados no acordo entabulado. O juiz das garantias, portanto, ainda que não esteja presente durante as tratativas entre acusação e defesa (imputado e seu advogado), em homenagem ao princípio da horizontalidade, não é mero figurante. Muito pelo contrário. Seu papel é indispensável para que apenas negociações equânimes e em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro sejam reconhecidas como válidas e produzam efeitos.

Além disso, justamente por não participar da realização do acordo, tem o distanciamento necessário para decidir, sem qualquer tipo de juízo prévio sobre o assunto, se homologa ou não o documento que lhe é apresentado pelas partes. Igualmente, o fato de não participar de eventual fase processual, caso o acordo não seja homologado, além de reforçar a sua imparcialidade, diminui os riscos de que o processo se torne uma pena pelo simples fato de inexistir acordo homologado. A equidistância do juiz das garantias em relação ao acordo fornece o substrato para as análises de voluntariedade e legalidade, imprescindíveis para que o ajuste seja validado (art. 28-A, § 4º, do CPP). (POZZEBON; SILVA, 2022, p. 201-202)

De fato, inquestionável que a presença da figura de um juiz que visa resguardar direitos e garantias fundamentais do investigado na fase preliminar conferirá a fiscalização adequada nos termos dos parágrafos do art. 28-A, de modo que protege o juiz da instrução de ter sua cognição contaminada por eventual descumprimento do acordo, que sequer seria relevante para que efetivamente julgasse a causa uma vez que iniciado o processo, ou seja, preconiza-se pela imparcialidade. Isso confere lisura, credibilidade, segurança e o mais importante, legitimidade ao acordo que será celebrado. Quanto ao perigo da contaminação pelo juiz que se apresenta tanto no inquérito como no processo, Pozzebon e Silva são precisos:

Ademais, uma única figura judicial que atue nas fases pré-processual e processual aumenta a pressão sobre a defesa para que um acordo seja firmado, em quaisquer termos. Com efeito, inibe-se, por exemplo, a possibilidade de a defesa alegar ilegalidades no acordo, pois, mesmo que reconhecidas pela autoridade judiciária e que não haja a homologação, o julgador já teve contato com o material (ilícito) e, de certo modo, será influenciado ao sentenciar. Páram, portanto, riscos de que oposições ao acordo, ainda que de maneira mais ou menos consciente, possam ser valoradas negativamente na decisão judicial, como também de valoração implícita de provas ilícitas. Ou, ainda, que, caso posteriormente haja o reconhecimento da nulidade do arcabouço probatório, possa restar comprometida a própria efetividade de atuação dos órgãos judiciais. (POZZEBON; SILVA, 2022, p. 205).

Quanto aos demais parágrafos, detalham o cumprimento do acordo, de modo não muito diferente dos institutos da lei 9.099/95, merecendo especial referência o §9º, que demonstra a preocupação em manter a vítima informada do status do cumprimento do acordo, o que denota de fato maior aproximação de sua figura no momento pré-processual.

O §11 que se refere a impossibilidade de celebração de *sursis* processual ante descumprimento do ANPP, é um golpe duro ao investigado, funcionando como punição pelo descumprimento do acordo anteriormente realizado, mas limita-se o impedimento da realização da *sursis* pelo descumprimento do ANPP, não se referindo, por exemplo, a eventual não homologação do acordo de não persecução, o que não impede aproximação do outro instituto.

Feitas as considerações da legislação vigente, parece interessante avançar sobre um dos principais assuntos discutidos no campo da justiça penal negocial e que foi reavivado pelo advento do ANPP, a questão do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

3.3 O PRINCÍPIO ACUSATÓRIO E A MITIGAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

Institutos penais despenalizadores são definidos pela sua capacidade de mitigar a obrigatoriedade da ação penal pública, o que na tradição da *common law* é bem-vindo, considerando a abertura possibilitada pelo sistema adversarial americano. Ocorre que, no ponto de vista da *civil law*, tradição mais rígida, que tem sua base procedimental estabelecida em cima de regramentos legais, a ideia de flexibilizar a suposta obrigação de acusar encontrou resistências.

Neste contexto, antes de desenvolver a discussão do princípio da obrigatoriedade, interessa elucidar o que é o processo acusatório em oposição ao inquisitorial, conceitos já pontuados quando tratou-se dos sistemas estrangeiros. O motivo dessa exposição deriva do fato de que um dos principais argumentos para legitimar os acordos penais decorre da afirmativa de sua compatibilidade com o sistema acusatório. Por outro lado, o princípio da obrigatoriedade, depreendido de comandos constitucionais, é lido como pressuposto garantidor de direitos fundamentais do acusado e por conseguinte princípio garantidor do processo acusatório.

Dito isso, quando falamos do sistema acusatório e da titularidade da ação pública pelo Ministério Público, os autores Pereira e Parise (2019, p. 120) lecionam que a Constituição de 1988 optou por um sistema processual penal acusatória, tendo em vista que impõe ao Ministério Público a função de titular da ação penal...”.

3.3.1 Os sistemas acusatório, inquisitório e o misto

Por mais que atualmente haja uma discussão sobre a funcionalidade de discutir e apontar as diferenças entre o sistema acusatório e o inquisitorial, visto que cada vez mais na realidade prática torna-se difícil dizer que um sistema é eminentemente acusatório e outro eminentemente inquisitorial, para este trabalho vale a exposição a fim de demonstrar o sistema acusatório como um parâmetro de realização, dentro do espaço possível na realidade, além de uma referência a ser respeitada e seguida.

O professor Aury Lopes Jr. (2023) entende que é válido estudá-los, uma vez que não basta dizer, genericamente, que os sistemas são “mistos”. É necessário analisar seu núcleo

informador, a fim de desvendar se o sistema processual possui tendência inquisitorial ou acusatória:

Ora, afirmar que o “sistema é misto” é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância. (LOPES JR., 2023, p.20).

O referido autor dispõe que as características principais de um sistema inquisitivo são em suma a cumulação de diferentes atribuições nas mãos do magistrado que goza de poderes instrutórios configurando-se no soberano do processo. Não há estrutura contraditória ou dialética, tampouco imparcialidade pois o mesmo juiz que toma a iniciativa da produção probatória decidirá de acordo com a prova que ele mesmo criou (LOPES JR., 2023, p. 20).

Neste aspecto, o autor resume como característica deste sistema:

- gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz (figura do juiz-ator e do ativismo judicial = princípio inquisitivo);
- ausência de separação das funções de acusar e julgar (aglutinação das funções nas mãos do juiz);
- violação do princípio *ne procedat iudex ex officio*, pois o juiz pode atuar de ofício (sem prévia invocação);
- juiz parcial; inexistência de contraditório pleno; desigualdade de armas e oportunidades. (LOPES JR., 2023, p.20)

Neste sistema não estamos a falar de um sujeito com direitos e prerrogativas a serem observados, não é uma parte em um processo, com a possibilidade de produzir provas, contestar a acusação e fazer o juiz apreciar seus argumentos, torna-se um objeto do processo. (PEREIRA, 2021, p. 29)

Desse modo, o juiz inquisidor fica adstrito com maior facilidade a suas concepções pessoais do caso, pois produzirá as provas de acordo com elas, sem recorte do ponto de vista de uma acusação e uma defesa exercida por outros, portanto decidindo em cima de um recorte limitado e eivado de convicções que por vezes não se refletem na realidade, incidindo em injustiças e arbitrariedades sem precedentes. Essa forma de proceder se mostrou insustentável uma vez que fica evidente que qualquer decisão proferida por quem investiga, julga e defende, ao mesmo tempo, não pode ser confiável.

No bojo do sistema acusatório, ele tem por principais características:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição. (LOPES JR., 2023, p.21)

Portanto, a iniciativa de se realizar uma denúncia ou queixa-crime partem respectivamente do Ministério Público ou da parte ofendida, o acusado e sua defesa têm direitos e prerrogativas processuais, devem ser intimados de todos os atos processuais assim como devem contar com prazo razoável para apresentar resposta quanto às alegações daqueles que o acusa, o juiz deve se manter equidistante, não tomando partido de nenhum dos lados e não puxando para si a produção probatória, que exclusivamente ficará sob gestão das partes, produzidas ante contraditório e ampla defesa. Deve ao fim, justificar suas decisões e ofertar oportunidade para questionamento das partes. Torna-se, portanto, guardião dos direitos e prerrogativas das partes e fiscal do processo, garantindo que nenhuma delas incorra em excessos.

Nessa lógica, o acusado deixa de ser objeto e se torna sujeito do processo, pois passa a ter capacidade de mobilização dentro do procedimento, podendo demonstrar que a pretensão de quem acusa está equivocada e questionar pelos recursos previstos uma decisão que o prejudica. Passa, portanto, a ter meios de defender seus direitos contra o arbítrio do Estado que pode monopolizar sua liberdade.

Importante ressaltar que, apesar da similaridade, o sistema acusatório não necessariamente atua sob os mesmos pressupostos do sistema adversarial:

[...] neste, o que se verifica como núcleo informador é o protagonismo das partes, sendo que naquele, o que se identifica são as distintas funções (acusar, defender e julgar) que remetem à uma organização do processo (PEREIRA, 2021p. 53).

Desse modo, aquela vinculação à legalidade formal que observamos do Ministério Público brasileiro não é algo que pode ser cobrado do *prosecutor* americano, ou seja, apesar das trocas de influências entre os sistemas, os pressupostos culturais jurídicos fundantes ainda são diferentes.

A questão fica mais complexa com a discussão daquilo que seria o sistema misto, composto em regra por “uma fase pré-processual marcada por elementos inquisitivos e uma fase processual marcada por elemento acusatório” (PEREIRA, 2021, p. 35).

Alguns autores como Bonfim (2019), Capez (2023) e Brito; Fabretti; Lima (2019) delimitam nosso sistema como de caráter misto, pois nosso inquérito (fase pré-processual) tramitaria com elementos inquisitoriais por conta da produção de indícios unicamente pelos investigadores e o reduzido grau de contraditório e ampla defesa nessa fase, ao passo que é acusatório na seara do processo por termos a possibilidade de exercer estes direitos de forma ampla, bem como produzir provas.

Ocorre que não são todos os autores que concordam com essa classificação simplista, de modo que Lopes Jr. aponta que a concepção de sistema misto: 1) é reducionista, uma vez que não existem mais sistemas puros; 2) considerando isso deve-se analisar o núcleo fundante do sistema para verificar a predominância da estrutura inquisitorial ou acusatória, ou seja, verificar qual informa o sistema; 3) deve-se considerar que também é reducionismo entender que a simples separação das funções de acusar e julgar é suficiente para deduzir que o núcleo informador é acusatório, uma vez que isso não faria diferença se após esta separação o juiz mantiver a iniciativa probatória e determinar sua coleta de ofício, decretar prisão preventiva de ofício, ou ainda condenar o acusado mesmo após pedido de absolvição por parte do MP; 4) por fim, a concepção de sistema processual não pode ser idealizada desconectada do princípio da imparcialidade, este que é supremo para o autor, pois entende pela existência de prejuízo aterrador decorrente de pré-juízos, como aquele que decorre da contaminação do juiz que de ofício pede a produção de uma prova, não podendo julgar a causa pois abre mão da imparcialidade ao decidir primeiro e depois ir atrás da prova para conformar sua decisão já feita, o que também gera e desconstrução do processo como procedimento em contraditório. (LOPES JR., 2023, p.22)

A exemplo dos referidos artigos 156 e 385 do CPP e demais outros, que estipulam atos de protagonismo imotivado do juiz, o autor expõe que existem diversos comandos do Código de Processo Penal que ainda guardam poderes inquisitórios nas mãos dos juízes motivo pelo

qual defende que o núcleo do sistema brasileiro seria informado pelo princípio inquisitório ou o chamado “neoinquisitório” (LOPES JR., 2023, p. 23).

Contudo, essa visão vem mudando por parte do próprio autor e na opinião de outros que, sob esta mesma análise de princípio informador, percebem que, por mais que subsistam disposições inquisitoriais do Código de 1941 e suas inspirações autoritárias, pela Constituição Federal de 1988 depreendem-se as bases para um núcleo informado pelo princípio acusatório:

[...] é possível falar em sistema acusatório, mesmo não reconhecendo o purismo. Para tanto, utiliza os princípios e garantias processuais da Constituição de 1988 como corte metodológico, os quais se destacam o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a imparcialidade, a coisa julgada, a publicidade, a isonomia, a obrigatoriedade e a indisponibilidade. (PEREIRA apud LIMA, 2021, p. 38).

Esse raciocínio, contudo, não nega que apesar de a carta constitucional se expressar claramente como uma lei maior construída sobre a lógica informadora do processo acusatório, a práxis processual reitera práticas inquisitoriais resguardadas pelo nosso antiquado Código de Processo Penal, que urge por reformas.

Portanto, se o princípio informador do núcleo do sistema brasileiro é o acusatório ou o inquisitorial é fator que, aparentemente, deve ser solucionado pela nossa cultura jurídica que precisará construir institutos e práticas cada vez mais democráticas e compatíveis com a vontade política legítima da carta maior. Nesse sentido, a Lei Anticrime trouxe surpresas ao definir em seu art. 3^a-A que afirma: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 2019).

Ocorre que o presente artigo (assim como outros) está suspenso pelas mesmas ADIs que discutem a constitucionalidade do juiz de garantias, portanto há uma resistência da nossa cultura jurídica a este comando que positiva novas limitações ao poder do juiz e que pode levar à revogação tácita de diversos outros artigos do nosso código processual que garantem ao juiz poderes inquisitoriais.

Demonstra-se, contudo, que junto do juiz de garantias, a positivação do processo acusatório representa vontade política ao menos parcial para a construção do caminho apontado pela carta maior, caminho que não pode ser ignorado e deve ser constantemente observado como objetivo e referência.

Naturalmente, a análise do Acordo de não persecução penal deve ser feita sob estes parâmetros também, de modo a descobrirmos se suas disposições e efeitos são compatíveis não só com os interesses do juízo e do ministério público, mas também do acusado.

3.3.2 O princípio da obrigatoriedade

O princípio da obrigatoriedade da ação penal não só se relaciona com a prerrogativa do ministério público de iniciar a persecução penal sendo o titular da ação penal pública como também se relaciona à impossibilidade de desistir da ação penal depois de iniciada. Depreende-se o princípio de forma tácita de uma leitura sistêmica de diferentes dispositivos constitucionais e legais.

Inicialmente, temos a disposição da Constituição Federal que determina em seu art. 129 que: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]” (BRASIL, 1988).

No campo infraconstitucional, o CPP traz em seu art. 24, caput, que:

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. (BRASIL, 1941).

No mesmo diploma, fica estabelecida a indisponibilidade da ação em seu art. 42 que: “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.” (BRASIL, 1941).

Deste modo, por conta da previsão escrita, por mais que não de forma expressa, é entendido que o promotor de justiça tem o dever de propor a ação penal pública sempre que identificar os elementos necessários para tanto, portanto está adstrito ao comando legal, logo sob o crivo do princípio da legalidade que: “[...] possui duplo aspecto, pois, delimita o campo de atuação do Poder Público bem como exige o agir de seus órgãos na concretização do bem comum e em favor do direito e da liberdade.” (PEREIRA, 2021, p.11).

Por essa razão, o campo decisório do promotor é restrito, não podendo avaliar subjetivamente se determinada causa demanda ou não a proposição da ação por meio da

denúncia, mas não apenas nessa parte da ação penal é que encontra restrições, não pode por exemplo, desistir da ação já proposta:

Assim, no contexto do Estado Democrático de Direito, a obrigatoriedade é compreendida no sentido de que não há espaço para o exercício de discricionariedade do membro ministerial a respeito da persecução penal quando presentes os indícios de autoria e materialidade da existência de fatos puníveis, em nome da proteção de direitos fundamentais. Ainda, o princípio da legalidade refletido na obrigatoriedade da ação penal impõe consequências outras ao processo penal, como a impossibilidade de que o membro do Ministério Público apresente desistência da ação após a sua deflagração, retratação e oferecimento de perdão ao acusado, como se constata da redação dos artigos n.º. 42 e 576, do Código de Processo Penal. (GONTIJO, 2021, p. 19)

Ocorre que, pelos mesmos motivos que levaram à expansão da justiça penal negociada na *civil law* continental europeia, no Brasil foi operada a mitigação deste princípio em favor de uma chamada “oportunidade” da deflagração da ação penal, não só pela falência da prestação jurisdicional, mas também pela busca de economicidade e eficiência. Passa a ser criticada a busca de uma obrigatoriedade que procura judicializar toda e qualquer conduta que for passível da seara do direito penal, mesmo quando pode ser objeto de despenalização:

Portanto, seja por exigências teóricas ou por necessidades pragmáticas, é imperioso o abandono, por parte do Ministério Público, da automatização mecanicista que o conduz à cega conversão de procedimentos investigativos em ações penais, desprovida de juízos prognósticos de viabilidade instrutória, probabilidade condenatória ou grau de ofensividade da conduta ao bem jurídico normativamente tutelado, gerando processos, não raras vezes, natimortos.

A insistente aposta na expansão do Direito Penal como meio para conter a escalada dos índices de criminalidade e o pânico social que resulta do esfacelamento da segurança pública, hipertrofiou o Sistema de Justiça Penal no Brasil e o tornou demasiadamente ineficaz (GORDILHO; SILVA 2019, p.108-109).

Portanto, a tal mitigação ao fim, por impedir a constituição de uma persecução penal para delitos considerados de médio potencial ofensivo no caso do ANPP atenderia os princípios de fragmentariedade e/ou subsidiariedade do direito penal (GORDILHO; SILVA, 2019, p. 109). A fragmentariedade e a subsidiariedade são características do Princípio da Intervenção Mínima:

O princípio da intervenção mínima (fragmentariedade, subsidiariedade ou ofensividade) indica que o direito penal não deve ocupar-se de bobagens, aquelas mínimas lesões a um bem jurídico tutelado (mesmo que sejam protegidos pelo direito penal, como, por exemplo, a colocação de brincos não pode ser considerada uma lesão corporal). Ora, assim considerada a situação, o processo penal há de reagir: a) o juiz pode rejeitar a denúncia; b) o magistrado pode absolver sumariamente, após a defesa do réu. (NUCCI, 2023, p.32)

Desse modo, o advento de institutos da justiça penal negociada, por meio da mitigação do princípio da obrigatoriedade, poderia cooperar para uma minimização do direito penal sob este ponto de vista.

Quanto à oportunidade, ela poderá ser definida em oposição à obrigatoriedade como circunstância regulada em que o titular da ação penal poderá abdicar de sua proposição:

Em contraponto ao princípio da obrigatoriedade, a doutrina processual penal assentou o princípio da oportunidade, entendido como o reconhecimento de que o titular da ação penal possa dispor, mediante determinadas circunstâncias, do exercício da ação penal. Nada obstante muitas vezes cogite-se da identidade entre oportunidade e discricionariedade, entende-se pela efetiva distinção semântica: esta é expressão da subjetividade do membro ministerial, ao passo que a oportunidade, enquanto opção de vias do representante ministerial deve ter fundamento – em Lei o que não extrema dos riscos das variadas formas de interpretação do aplicador da norma, em exercício, de fato, de sua discricionariedade. (GONTIJO, 2021, p. 19)

A autora faz uma importante distinção entre discricionariedade e oportunidade fundada na lei, de modo que mesmo decorrendo da lei processual penal como é o caso do ANPP, ao mitigar a obrigatoriedade da ação, não poderá simplesmente constituir-se em norma em branco a ser preenchida pelo titular da ação penal pública.

Nesse sentido a autora explana:

O cerne da problemática é a delimitação dos critérios para a tomada de decisão pelo órgão acusatório dos casos em que poderá valer-se do princípio da oportunidade. Seja através de normas legais ou de normas internas ao órgão de acusação, é condição *sine qua non* para a segurança jurídica o estabelecimento de requisitos de caráter político-criminal de modo específico para o oferecimento do ANPP, os quais ultrapassam a mera constatação dos indícios suficientes de autoria e materialidade de um crime, e a limitação da pena mínima (como prevê o artigo 28-A, do CPP), de modo a propiciar a atuação fundamentada do Ministério Público. (GONTIJO, 2021, p.70)

Prosseguindo, a autora ressignifica alguns termos e afirma que não basta a existência de uma “oportunidade regrada”, pois esta estipularia meramente uma exceção à obrigatoriedade, o que não é suficiente para garantir segurança, de modo que o instituto deve se tornar o que chama de “Oportunidade Legalmente Regulada”:

A oportunidade legalmente regulada constituiria, então, um cenário em que a oportunidade seria exercida pelo órgão de acusação mediante a definição em lei, de modo objetivo e taxativo, das hipóteses em que, ainda que presentes elementos mínimos a indicar a autoria e materialidade da ocorrência de fato típico punível, poderia o agente estatal se abster, motivada e fundamentadamente, de iniciar a persecução penal, com base em critérios previstos no texto legal, seja de cunho utilitário, político-criminal, ou econômico, submetido ao controle jurisdicional. Compreende-se que o ANPP, enquanto instrumento da justiça consensual, deve ser aplicado no âmbito da oportunidade legalmente regulada, encerrando em si mesmo a garantia de manutenção dos ditames do processo penal democrático. (GONTIJO apud VASCONCELLOS, 2021, p. 72)

Ora, se é possível identificar que na realidade prática há um mal uso do princípio da obrigatoriedade com o fim, pretendido ou não, de expansão do Direito Penal mesmo entendendo que este princípio decorre do sistema acusatório, nada impede que tal seja operado por um mal uso da oportunidade, que apesar de poder propor a realização de princípios caros à Constituição e ao Processo Penal como a celeridade, eficiência, duração razoável do processo, preservação das liberdades, fragmentariedade, subsidiariedade, entre outros, pode se converter meio de ofender direitos e expandir o punitivismo estatal.

O devido processo legal, por meio da obrigatoriedade, de onde se depreende, determina o preceito *nulla poena sine iudicio* (não há pena sem processo) que justifica a compatibilidade do princípio com a carta constitucional e sua razão de ser, impedir arbítrios do Estado:

[...] o preceito da *nulla poena sine iudicio*, que como visto, exige para a aplicação da pena a existência do devido processo, justifica o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública no sistema acusatório. Pois, como já mencionado, por tratar-se de liberdade pessoal, a realização do processo penal se amolda à legalidade que limita e legitima o poder estatal e está abarcada nos princípios e garantias processuais da Constituição de 1988. Por tal razão, sobretudo nos crimes graves que se processam mediante ação penal pública, não se mostra possível a aplicação de pena sem processo. Tal afirmação serve para rechaçar qualquer crítica de que o modelo do sistema acusatório se associa mais ao princípio da oportunidade, Assim não pode ser, pois o sistema acusatório brasileiro, que se extrai da Constituição Federal de 1988, não é apenas um processo das partes. A dialética, fundamental para um processo

democrático, é fomentada para proporcionais, entre outros aspectos, o equilíbrio das partes. (PEREIRA, p. 38-39, 2021)

Ou seja, inegável que da obrigatoriedade decorre o procedimento conhecido como devido processo legal que possibilita meio de defesa ampla ao acusado e a possibilidade de ser inocentado por diversas questões, inclusive pela nulidade da produção de provas pela acusação ou que a condenação ao menos derive de pressupostos evidenciados.

Neste aspecto, importante rememorar que quando tratamos da transação penal havia aqueles como Prado (2006) que a entendiam como uma supressão de procedimento que levava ao cumprimento de uma pena. Apesar de ser uma opinião minoritária, pois as condições impostas de acordos criminais não possuem todos os efeitos da pena – como já relatado, se fossem penas restritivas, seriam convertidas em pena privativa de liberdade se descumpridas – contam, contudo, com o fator de obrigação, logo imposição, de realizar as condições para se evitar a ação penal e seus efeitos negativos, ocorrendo a desistência de exercício de direitos e prerrogativas e o risco de estar a participar de um contrato de adesão, não havendo no fim negociação de fato.

Devemos considerar ainda as possibilidades em que o *parquet* deixaria de ofertar os acordos, visto que se comparado a transação penal e a *sursis* processual, o ANPP conta com mais normas abertas em diferentes requisitos como o decorrente do caput do art. 28-A em que o MP ofertará o ANPP “[...] desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]” (BRAISL, 2019); ou ainda a renúncia sobre bens e direitos indicados pelo MP como aponta o inciso II, sem ter dado a lei critérios para essa avaliação ou meios para questioná-la; ou o §2^a, II que pode afastar o acordo por “[...] elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.”; (BRASIL, 2019). Por fim, talvez a mais preocupante das omissões da lei, o uso da confissão formal e circunstanciada em caso de descumprimento de seus termos.

Portanto, a opção por uma oportunidade legalmente regulada parece proposição bem-vinda considerando que a mitigação da obrigatoriedade inaugurou no nosso sistema possibilidades que podem muito bem gerar benefícios para todos os atores do processo e mesmo para a sociedade, possibilitando a minimização do direito penal, mas também podem fragilizar a posição do investigado possibilitando sua maximização.

Neste aspecto estas lacunas têm sido preenchidas pelas orientações e normativas internas dos Ministérios Públicos, algumas conjuntas e outras unitárias, o que infelizmente não basta para garantir a total compatibilidade do ANPP com os princípios constitucionais:

Isso porque tais diretrizes apresentam visão institucionalizada do Ministério Público – por vezes, possivelmente, parcial –, verdadeiro espelho do pensamento jurídico levado a efeito pelos membros da instituição sobre os dispositivos da nova lei, especificadamente quanto ao acordo de não persecução penal, com destaque para a natureza do instituto e sua exigibilidade em juízo.

Assim, a ausência de limites legais claros e bem definidos como parâmetros para a celebração do acordo de não persecução penal, reforça a necessidade de mecanismos de controle da atuação do acusador público, para evitar ocasionais violações ao princípio da igualdade e arbitrariedades no exercício da oportunidade concernente ao ANPP. (GONTIJO apud LEITE, 2021, p. 80-81)

Afirmar isso não é retirar o acordo da esfera de domínio do Ministério Público, algo que o próprio sistema acusatório abominaria, pois, como já pacificado decorre de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública de sua titularidade, mas parece evidente que mecanismos de regulamentação normativa devem ser criados de um ponto de vista multilateral, no sentido de que a defesa, por meio dos advogados e defensores públicos, o juízo, por meio de seus magistrados, a doutrina, por meio de seus pensadores e a lei, por meio dos legisladores, bem como todas as demais fontes normativas que de todos os interessados podem decorrer, em conjunto com o Ministério Público e em respeito às suas prerrogativas, podem e devem cooperar para a construção de um acordo que siga o princípio informador do núcleo de um processo acusatório.

O maior desafio que por agora parece impedir isso decorre da existência e uso da confissão que será mais bem analisada a seguir.

4. O REQUISITO DA CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA

Para além da mitigação da obrigatoriedade e recepção da oportunidade, há um fator intimamente ligado à possibilidade de realização do ANPP e seus efeitos decorrentes de seu eventual descumprimento, que constitui lacuna legislativa e até então conta apenas com regramento por mecanismos internos dos próprios Ministérios Públicos quanto a seu manejo: o requisito da confissão formal e circunstanciada.

Imperioso antes, entender qual a importância do instituto da confissão dentro do Processo Penal para investigarmos sua inserção no acordo de não persecução penal. Compreender o caráter do instituto do ponto de vista histórico e doutrinário auxiliará a buscar respostas para sua previsão no acordo.

4.1 ORIGEM DO INSTITUTO DA CONFISSÃO NO PROCESSO PENAL

Se o principal fator de diferenciação dos sistemas acusatório e inquisitorial era a gestão das provas pelas partes no primeiro e pelo juiz no segundo – naturalmente que a diferenciação não se reduz a isso – então de todas as provas a serem produzidas, em especial na época inquisitorial, historicamente, a confissão é a rainha.

Na época inquisitiva, entre os séculos XII e XIV é correto dizer que:

A lógica inquisitorial está pautada na ideia de verdade absoluta, cuja única detentora é a Igreja católica. O acesso a esta verdade levaria a salvação da alma e redenção dos pecados. Fora dos ensinamentos da igreja católica, não haveria possibilidade de salvação (o que mostra o caráter intolerante e excludente do discurso). A alteridade era combatida. (GOUVEIA FILHO, 2016, p.13)

Com a religião como valor central da persecução pela verdade absoluta e a salvação que conferiria, não é estranho imaginar que a persecução penal empreendida na época ia até às últimas consequências para buscar a confissão. Neste contexto:

Com a presença da tarifa probatória, a confissão ostentava posição privilegiada, sendo considerada a “rainha das provas”. A hierarquia entre as provas era uma forma de se buscar maior objetividade na apreciação probatória, tentando diminuir os erros nos julgamentos. Como a verdade deveria ser perseguida a qualquer custo, aos inquisidores era dado todo o instrumental necessário para que tivesse êxito em sua função (a extração da confissão) e esse instrumental passava por torturas físicas e psicológicas, seguindo a lógica que “os fins justificam os meios”.

A lógica da confissão neste contexto poderia ser definida da seguinte forma: o indivíduo que estivesse sendo investigado, cuja denúncia se deu por iniciativa de qualquer pessoa (podendo ser até anônima), seria alvo de uma série de práticas que ofenderiam tanto sua integridade física quanto mental, para que confessasse. Confessando, traria a todos a exposição da “verdade”, além de ter seus pecados cancelados. Sendo a prova mais valiosa no sistema tarifado, absoluta, era inevitável que fosse buscada a qualquer custo. Por ser uma prova tão cabal, ao magistrado não seria necessária uma maior investigação ou análise de outros indícios. A própria defesa do réu era considerada dispensável e o defensor era tido como obstáculo para a celeridade do processo. (GOUVEIA FILHO, 2016, p.14)

A confissão então era a prova mais almejada pelos inquisidores do Tribunal do Santo Ofício. Sua realização era intimamente ligada com a ideia de absolvição de pecados, mas naturalmente, a admissão de heresias por parte do investigado não era suficiente para sua

absolvição e não impedia as reprimendas que, consistiam em verdadeiras atrocidades contra a humanidade.

Mais ou menos no século XIX a sedimentação do nascente movimento iluminista, que passa a substituir a ordem absolutista, movimento posto por um ideário revolucionário que tira o caráter canônico divino do processo e lhe confere pressupostos fundados na razão humana. Portanto o absolutismo:

[...] perdeu a sua força a partir de movimentos como a revolução francesa, cujas premissas de valorização do homem abalaram as estruturas inquisitórias fizeram com que o sistema passasse por uma reestruturação, até chegarmos no denominado sistema misto. (GOUVEIA FILHO, 2016, p.14)

A partir deste momento, os sistemas jurídicos passariam a desenvolver o caráter misto que ainda hoje perdura, naturalmente com constantes alterações temporais e particularidades culturais que variam de país para país. Misto, ou “neoinquisitorial”, pois como bem sabemos, nos países do mundo todo existem elementos inquisitoriais persistentes nos direitos penais que conformam seu sistema, de modo que mesmo o advento da modernidade, apesar de mudar os pressupostos do poder e consagrar a construção de direitos fundamentais não impedia a necessidade de controle por meio do processo:

Inicialmente o caráter humanista das reformas penais foi suprimido em nome de uma cientificidade que propunha a neutralidade absoluta e, posteriormente, por uma guinada ideológica que retomou grande parte dos males da inquisição, ainda que sob outros pressupostos: a criminologia positivista. Portanto, o que surgiu como direito de resistência ao autoritarismo estatal acabou por ser transposto para uma lógica de conformação da nascente ordem burguesa, descaracterizando em grande margem o projeto reformador ilustrado, em prol do nascimento da sociedade disciplinar. [...] (KHALED JR., 2010, p. 297).

Não é objeto deste trabalho estudar as modificações ideologizadas ou não no Direito Penal, ou a se aprofundar no embate dos sistemas acusatório e inquisitivo e seu desenvolvimento histórico, mas é conveniente demonstrar que este processo de construção da modernidade não prescinde de momentos de caráter inquisitivo em prol da defesa de interesses da lógica de poder instituída com a queda do poder absolutista e da persecução penal de caráter religioso.

Portanto haverá ainda a busca de uma verdade, mesmo que sob outros pressupostos, mas que demonstra a persistência de critérios que remetem a um exercício inquisitivo.

Como exemplo, já vigorou no campo prático o princípio da verdade real, que permite a busca ativa do juízo por provas que lhe permitam conhecer a realidade dos fatos, contudo, recentemente, vem cada vez mais caindo em desuso na prática jurídica. Apesar disso, remanescem autores como Nucci (2023) que ainda tratam com normalidade a referência ao princípio da verdade real, muito bem definido pelo autor que afirma:

O princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente. Note-se o disposto nos arts. 209 (“o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”, grifamos), 234 (“se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível”, grifo nosso), 147 (“o juiz poderá, de ofício, proceder à verificação da falsidade”, grifamos), 156 (“a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (...) II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”, grifamos), 566 (“não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”, destaque nosso) do Código de Processo Penal, ilustrativos dessa colheita de ofício e da expressa referência à busca da verdade real. (NUCCI, 2023, p.97)

Também não se propõe aqui o debate sobre a verdade, se é um conceito alcançável e como deve ser feito no âmbito do processo. Fato é que o juiz que julga deverá decidir com base naquilo que conhece, ou seja, as provas, contudo subsiste o imaginário de que deve perseguir da melhor forma possível o que pode ser compreendido como verdade. Com esse fim, está justificado o magistrado agir ativamente no processo, atuando pela sua produção, recepcionando também os elementos colhidos no inquérito policial. Portanto fica clara a subsistência de elementos inquisitivos, seja na fase pré-processual, seja na fase do processo para que se chegue a uma conclusão que será entendida por verdade pelo juiz, resta entender a participação da confissão como prova para tal fim no Processo Penal brasileiro.

O Código Penal estabelece a confissão como circunstância atenuante na dosimetria da pena, presente no art. 65, inciso III, alínea d, do diploma que dispõe: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] III - ter o agente: [...] d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;” (BRASIL 1940)

Desse modo haveria uma espécie de contraprestação ao acusado que de forma espontânea admitisse ter cometido o delito e cooperasse com a justiça. Além disso, o Código

de Processo Penal se preocupou em garantir que agora a confissão não é mais a “rainha das provas”, isto é, que não mais possui valor probatório absoluto. O art. 197 determina:

O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância. (BRASIL, 1941).

Apesar disso, a práxis demonstrou a necessidade de que as cortes superiores emitissem súmulas que regulamentassem o uso do instituto da confissão: “Súmula 545 STJ: Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal. (BRASIL, 2015)”.

Ocorre que esta súmula não impediu a necessidade de reanálise sobre a possibilidade de atenuação da pena visto que na prática as instâncias inferiores começaram a burlar o efeito atenuante, assim como relata Vital (2022) ao noticiar a discussão de tema repetitivo pelo STJ e citar as preocupações do Ministro Ribeiro Dantas:

Juízos criminais pelo Brasil têm usado esse enunciado para concluir que quando o juiz não citar a confissão entre as razões de decidir, essa atenuante não deve incidir na pena final do condenado. Essa posição é confirmada, inclusive, em julgados do próprio STJ.

No entanto, para o ministro Ribeiro Dantas, relator do recurso, não foi esse o motivo de edição da Súmula 545. A intenção, segundo ele, foi proteger o réu, garantindo que a pena seja atenuada mesmo quando a confissão for qualificada, parcial, extrajudicial, retratada etc. (VITAL, 2022).

Essa discussão, portanto, gerou o recentíssimo Tema Repetitivo nº 1194 (BRASIL, 2023), este atinente à discussão de que a confissão não precisa compor a fundamentação do juiz do caso para que opere seus efeitos atenuantes. O tema se encontra em afetação, ou seja, houve recursos repetitivos que sempre questionaram essa possibilidade e houve a suspensão de seus trâmites para a análise dos recursos que representam a controvérsia.

Já o Supremo Tribunal Federal já exarou entendimento de que deve ser considerada a confissão mesmo quando parcial, ou seja, quando não versa, em seu conteúdo, sobre todos os elementos que constarem na denúncia:

HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. A circunstância atenuante pertinente à confissão espontânea, ainda que parcial, é aplicável àquele que confessa a autoria do crime independentemente da admissão do dolo ou das demais circunstâncias narradas na denúncia. Precedentes. 2. Habeas corpus concedido. (BRASIL, STF, HC 99436/RS, Relatora: Carmem Lucia, Primeira Turma, Julgado em 26/10/2010) – grifamos.

A existência de súmulas e decisões das cortes superiores quanto às possibilidades do uso da confissão demonstram uma problemática em conceber a recepção da confissão, não como meio de prova a fundamentar uma condenação, mas no seu aspecto atenuante, de modo que a súmula nº 545 foi utilizada de modo a afastar a aplicação da atenuação apesar da confissão. A possibilidade de sua consideração parcial para gerar o efeito da atenuante também demonstra a existência de conflito prévio para que produza efeitos em favor do confitente, mas nunca se questionou a capacidade de produzir prova.

Tanto que, de modo curioso, há a alegação de que a confissão quando não usada para o fundamento do juízo não pode atenuar a pena. Mesmo que o juiz fundamente sua decisão considerando expressamente outros elementos, se teve contato com a confissão, mesmo que subjetivamente, ela comporá seu convencimento a exemplo da discussão cognitiva que encerra a necessidade ou não do juiz das garantias. Apesar disso, a discussão quanto aos limites e usos da confissão rende constantes posicionamentos das cortes superiores que se apresentam necessários para reafirmar seu caráter não apenas probatório, mas atenuante.

A confissão pode ser realizada judicial, extrajudicialmente, ou nos dois momentos. Em regra, há o entendimento de que elementos de inquérito precisam ser confirmados em juízo para que possam gerar efeitos. Deste modo, se a confissão judicialmente obtida sozinha não puder compor prova por óbvio a confissão extrajudicial, obtida longe do contraditório e da ampla defesa não pode por si só produzir efeitos.

A confissão pode ser parcial, logo divisível, não sendo impossível por exemplo, que o réu confesse um de três dos delitos que lhes são imputados e negue a prática dos demais, o que será considerado pelo juiz. O mesmo artigo que se refere à divisibilidade também trata de sua retratabilidade, ou seja, a possibilidade de que ela seja revogada pelo confitente, determinando então o art. 200 do CPP que: “A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.” (BRASIL, 1941).

Em análise ao comando da retratabilidade, seguido do resguardo do livre convencimento do juiz, interessante ressaltar que a vontade expressa nesse artigo determina que:

A credibilidade da retratação está submetida à livre-apreciação judicial, e não é por outra razão que a parte final do art. 200 do CPP admite a retratação “sem prejuízo do livre-convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”.

Em regra, na prática forense a retratação é feita de maneira pura e simples, desacompanhada de qualquer elemento de convicção, o que no mais das vezes inviabiliza sua credibilidade.

Não raras vezes o acusado, acompanhado de advogado, confessa a autoria delitiva na fase de inquérito, perante a autoridade policial, e depois se retrata em juízo. Em casos tais, se a confissão extrajudicial estiver corroborada por outras provas colhidas em juízo e a retratação judicial se apresentar isolada nos autos, desamparada de qualquer elemento de convicção, e, portanto, inverossímil, será conferida maior credibilidade àquela. (MARCÃO, 2016, p. 237).

Tal raciocínio é repisado quando falamos de uma confissão que foi produzida mesmo em sede de inquérito, ou seja, sob pressupostos desconhecidos, sem a presença de qualquer garantidor de direitos do investigado, não sendo conhecido o método de sua colheita e se sua lavratura levada a termo corrobora com exatidão o dito pelo acusado. Nesse sentido, o STJ já decidiu:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO COMETIDO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO, EM CONCURSO DE AGENTES E COM RESTRIÇÃO À LIBERDADE DAS VÍTIMAS. ABSOLVIÇÃO EM 1º GRAU. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. CONDENAÇÃO. ALEGADA AFRONTA AO ART. 155 DO CPP. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVA DA AUTORIA COLHIDA EM JUÍZO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL CORROBORADA PELA PROVA JUDICIALIZADA. VALIDADE PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. PALAVRA DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa. II - O eg. Tribunal de Justiça, ao modificar a sentença absolutória para condenar o paciente, se fundamentou na prova coligida em Juízo, consistente no depoimento das vítimas e testemunhas, dentre elas policiais que realizaram a prisão em flagrante, os quais corroboraram os elementos constantes do inquérito policial, **notadamente a confissão extrajudicial dos agentes, não havendo ofensa ao art. 155 do CPP.** III - Esta Corte firmou entendimento no sentido que **a retratação da confissão extrajudicial não é suficiente para elidir sua validade para o convencimento acerca da autoria, quando for corroborada por elementos produzidos sob o crivo do contraditório.** IV - O depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, **notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso.** Precedentes. V - Afastar a condenação, in casu, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e

provas, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória.
Habeas corpus não conhecido. (BRASIL, STJ, HC n. 471.082/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/10/2018, DJe de 30/10/2018.) (**grifos nossos**)

Neste diapasão, fica evidente que se há confissão extrajudicial, ainda que retratada em juízo, momento em que há contraditório e ampla defesa, pode ser validada por outro elemento probatório produzido em sede judicial, como a oitiva dos policiais que participaram da realização do inquérito. Desse modo fica consideravelmente fácil conferir prestabilidade à confissão, sendo ônus da defesa demonstrar que as demais provas não são idôneas para, em conjunto com a confissão do inquérito, consubstanciar eventual édito condenatório.

Apesar da construção de elementos que buscam proteger o acusado no trâmite do processo, como um histórico arcabouço de direitos fundamentais, persistem critérios de valoração duvidosos na construção da justiça e na busca da verdade. Passada a época inquisitiva e retomado, mesmo que de modo mitigado, o ideal informador do processo acusatório prezou-se pela construção de uma relação mais equânime.

Contudo, e especialmente na fase pré-processual, não parece ser razoável subsistir tamanha confiança no uso da confissão colhida unicamente no inquérito, não desconsiderando a vitória que é a necessidade de sua corroboração por outros elementos probatórios realizados em juízo. Ocorre que alguns destes elementos constituem repetição daquilo produzido no inquérito, de modo que parece mais fácil constituir provas em desfavor do acusado do que a seu favor.

Nesse sentido, pesquisas recentemente analisadas apontam que ainda subsiste a sujeição do acusado a abusos, pressões e outros métodos que colocam em questão a credibilidade de qualquer confissão extrajudicial como exprimem Dantas e Mota ao analisarem estes dados:

Esses dados objetivos permitem concluir com bastante segurança que, para além dos problemas inerentes à sobrevalorização da confissão extrajudicial (e dos elementos do inquérito de modo geral) como meio de prova, o acusado brasileiro encontra-se ainda sujeito ao risco da tortura para a extração dessa confissão durante a investigação policial. E, se realmente for torturado, dificilmente seu relato receberá alguma credibilidade do Judiciário; ao contrário, esse hipotético réu provavelmente será condenado pelo crime que lhe foi imputado, inclusive com espeque na confissão ilegalmente obtida, pelo completo desinteresse das instituições sancionadoras em investigar sua versão dos fatos. (DANTAS; MOTA, 2023, p. 123).

Feitas estas ressalvas, e apresentado o conturbado contexto do uso da confissão no processo, prossegue-se então com a discussão sobre a lógica da confissão no ANPP, onde ela subsiste no bojo do acordo que se propõe em momento pré-processual, ou seja, extrajudicial.

4.2 A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O caput do art. 28-A do CPP estipula a necessidade de uma confissão formal e circunstancial (ou circunstanciada como seria o intuito) para a realização do Acordo de Não Persecução Penal. Ocorre que tal exigência gerou amplo conflito na doutrina e atualmente não conta com pacificação das cortes superiores que ainda não enfrentaram o tema diretamente. Na verdade, observa-se que os Tribunais Superiores têm se ocupado mais sobre a amplitude da retroatividade do ANPP, não se debruçando, ainda, sobre a (in)constitucionalidade do requisito da confissão.

Ocorre que a nova lei, bem como a Resolução do CNMP de 2017 ou a atualização de 2018, não se ocuparam em determinar se a confissão poderá ser considerada no bojo da persecução penal se houver o descumprimento do acordo. Ante notável omissão normativa, órgãos dos Ministérios Públicos dos Estados por exemplo, emitiram enunciados que visaram orientar o manejo do acordo pelos promotores, como ocorreu no enunciado feito pelo Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) aprovados pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPGE).

No âmbito dos Estados, a GNCCRIM orientou em seu enunciado interpretativo da Lei Anticrime que, se houver o descumprimento do acordo, a confissão poderá ser utilizada como prova no processo penal:

ENUNCIADO 27 (ART. 28-A, § 10) Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo). (GNCCRIM, 2019).

A partir disso, esta e outras questões concernentes ao acordo passaram por regulação interna dos órgãos ministeriais. Entretanto, muitas são as discussões suscitadas pela possibilidade de uso da confissão ante o descumprimento do ANPP.

De início, importante expor quais seriam, na visão de alguns como Rocha (2021), os requisitos necessários para que uma confissão feita no bojo do acordo seja considerada válida, em conformidade com a Constituição e com um processo penal de cunho acusatório, como pretende ser o brasileiro.

Estes requisitos se dividiram em um campo material (intrínseco) e formal (extrínseco): “Em relação aos requisitos materiais (ou intrínsecos), ou seja, internos, a confissão deve possuir: verossimilhança, clareza efetiva, persistência fática e coincidência” (ROCHA apud BARROS; ROMANIUC, 2021, p. 466).

Os critérios de verossimilhança e clareza efetiva podem ser depreendidos da lógica de definição que obtivemos da necessidade de ser circunstanciada, deve ser então fidedigna, crível como real, que tenha elevadas chances de ser verdade ao passo que deve ser clara, detalhada, nem tão complexa e nem tão simples. Os dois seguintes requisitos são mais complexos:

A persistência fática é a congruência dos aspectos e circunstâncias mencionados ao longo da confissão. Nesse sentido, os elementos componentes daquela confissão não variam e não se contradizem ao longo do relato realizado pelo investigado. Por fim, a coincidência é compatibilidade existente entre aquilo que foi objeto do relato do investigado quando comparado aos outros elementos probatórios que fundamentam a imputação do crime. (ROCHA, 2021, p. 466-467)

Considerando a forma que o autor coloca a necessidade de coincidência entre a fala do investigado e os elementos coligados até então pelo inquérito ou pela investigação do próprio MP sugere que uma confissão que não corresponda à acusação apresentada pode não ser aceita.

Quanto aos requisitos formais (extrínsecos) o autor coleciona: “pessoalidade, espontaneidade, imputabilidade e atribuição legal (ROCHA apud BARROS; ROMANIUC, 2021, p. 467).

A pessoalidade demanda que o próprio investigado profira a confissão, não terceiro, a espontaneidade é sinônimo da voluntariedade e se assemelha a mesma lógica da confissão no processo para o fim de atenuar, devendo ocorrer de vontade própria sem qualquer vício de vontade. A imputabilidade se refere a sua capacidade: “O acordo deverá ser celebrado apenas com investigado plenamente capaz. Dessa forma, no caso de dúvida a respeito de sua capacidade, o acordo não será considerado válido [...]” (ROCHA, 2021, p. 467). A atribuição legal:

[...] por fim, diz respeito à capacidade de denunciar o investigado, caso haja desrespeito das cláusulas acordadas no ANPP. É característica que se refere ao Ministério Público e, por isso, deverá o acordo ser realizado na presença e com a manifestação do órgão ministerial, como já ressaltado”. (ROCHA, 2021, p. 467).

Estabelecidas estas premissas a confissão seria adequada para a consecução do acordo. Entretanto tal raciocínio encontra certas limitações. Se partirmos do pressuposto de que é razoável a exigência da confissão, os critérios materiais são interessantes apenas do ponto de vista do uso da confissão para finalidade probatória, pois possibilitam estudar se a confissão é ou não falsa, bem como constituí-la como prova detalhada, ampla, congruente, ou seja, irretocável. Portanto, podem cooperar para que se evite a realização do ANPP caso não seja verdadeira ou que se perceba que será imprestável pois falsa. Especialmente o critério de coincidência é mais preocupante, pois determina que o teor confessado deve ser compatível com os elementos de inquérito correlacionados o que por vezes pode não ocorrer. Se estes indícios derivarem unicamente de depoimentos por exemplo, no caso de uma confissão que remete ao cometimento de outro delito, que não aquele que os indícios apontam, ela não seria recepcionada, impedindo a realização do acordo. Portanto o critério de coincidência apenas prejudicaria a consecução do acordo ou ainda estimularia o sujeito a mentir para fazer jus a ele.

Quanto aos requisitos formais naturalmente seriam os requisitos mínimos para a existência de qualquer acordo penal, tanto que podem estar presentes nele mesmo se inexistir a exigência da confissão. A inexistência de qualquer destes requisitos impossibilitaria a celebração do acordo ou não legitimariam a acusação do investigado, portanto são adequados e suficientes do ponto de vista do acordo, mas podem subsistir mesmo sem uma confissão.

Em conclusão, mesmo que exista a confissão apenas as premissas formais parecem funcionais para privilegiar a realização do acordo, e elas ainda persistem mesmo sem a confissão, no caso das premissas materiais elas cooperam mais para uma produção probatória e podem desestimular a realização do acordo.

Contudo persistem os questionamentos que gravitam a confissão: qual seu objetivo? Sua exigência é constitucional? Ela poderá produzir efeitos extrapenais? Tais questões dividem diversas opiniões que serão apresentadas nos subtópicos a seguir. Importante ressaltar que apesar da divisão destas perguntas em tópicos diferentes não será incomum que se retomem argumentos pois muitos deles são correlacionados a mais de um tópico.

4.2.1 Qual o objetivo da confissão no ANPP?

No campo do objetivo, há aqueles como Silva (2021), Oliveira (2021), Silva; Reis; Silva (2020) e Simões (2020) que entendem ser ela completamente desnecessária e, portanto, deve ser extirpada. Há também aqueles como Messias (2020) que compreende que a confissão tem uma razão de ser, mas que não deve ser usada em prejuízo do investigado em eventual descumprimento. Por fim, há aqueles como Goulart Filho (2021) e Rocha (2021) que defendem que ela deve existir e produzir efeitos, caso o acordo seja descumprido.

Do ponto de vista de Silva e Oliveira que rechaçam completamente a exigência e uso da confissão com o descumprimento, os maiores argumentos se relacionam ou a apontar sua desnecessidade completa ou sua inconstitucionalidade (essa a ser investigada mais à frente).

Quanto à desnecessidade, a justificativa da existência da confissão:

[...] em uma análise sobre o viés da política criminal e da prática forense, se vê que essa confissão aparenta somente possuir valor estritamente moral, não possuindo nenhum aspecto relevante para o aparelho jurídico penal, nem para a sociedade e muito menos para o autuado. Serve tão somente para que seja elaborado o próprio acordo. E só. Pensa-se que a solução seria repensar acerca desse requisito, avaliando e a sua real (des)importância e (des)necessidade dada a sua insuficiência procedimental e didática, sabendo que, a extração da confissão por ocasião da formulação do acordo, que é requisito inerente ao instituto despenalizador, até então paira sobre um terreno irregular no direito. (SILVA, 2021, p. 1).

O autor aponta situação de instabilidade e falta de segurança jurídica que este vácuo sobre o uso ou extensão da confissão no acordo gera, sugerindo por solução repensar o rol de requisitos em especial o da confissão por não ter valor procedimental, não ter correspondência em institutos semelhantes como a transação penal e a sursis processual, bem como consistindo seu uso processual em uma incongruência pois sequer se realiza no bojo dele. Ou seja, de acordo com a proposta do acordo, que se daria extrajudicialmente, não há argumento jurídico que justifique a reutilização desta confissão no âmbito processual pois dele não deriva (SILVA 2021 p. 11)

Entende, portanto, que o equilíbrio do acordo é estabelecido pela retirada por completo da confissão de seu campo de exigência.

Ainda entre os argumentos que defendem ser ela desnecessária, há o que aponta que a razão de ser do ANPP não é um acordo que gera uma sentença como o *plea bargaining*, mas

um meio extrajudicial de se evitar a persecução penal pela realização de requisitos compromissados:

Materialmente, os requisitos básicos para o consenso em processo penal, com desvio da persecução penal em juízo, são a investigação em procedimento (1), a responsabilização do infrator com medidas extrapenais (2) e outras condições, sejam afetas ao bem jurídico atingido ou às condições pessoais do infrator, com referência à política criminal na qual o instituto de consenso se encontra inserido (3).

Já na persecução penal em juízo, o consenso se realiza através da confissão que demonstra o fato e renuncia a amplitude probatória, possibilitando a agilização da condenação e a aplicação da pena, esta minorada na consensualidade. Os atos processuais se reduzem a imputação, acordo e sentença. Assim, nos consensos penais do tipo acordo de julgamento, a confissão é a razão de ser do negócio jurídico processual, já nos consensos penais do tipo acordo de processo, a confissão é desnecessária. (OLIVEIRA, 2021, p. 476).

A confissão teria uma função em acordos que visam a sentença como razão de ser, o que não se apresenta nos acordos que atuam no campo da diversão por intervenção, conceito cunhado por Brandalise:

A diversão (diversion) caracteriza-se por ser uma forma de resolução dos conflitos processuais penais em que há a retirada de acusações ou a descontinuidade delas com a presença de advertências ou imposição de condições a serem cumpridas pelo acusado. (BRANDALISE, 2015, p.16)

A diversão com intervenção ocorre quando essa forma de resolução de conflito se dá conforme previsão legal, sendo a *sursis* processual e a transação penal exemplos (BRANDALISE, 2015, p.18).

Feitas estas considerações implica em diferenciar um acordo que teria uso para a confissão e outro que não tenha:

Da operação de contrastar o consenso penal que ocorre em acordo de julgamento, com o consenso penal que ocorre na diversão com intervenção, observa-se que a confissão possui papéis diferentes, em ambos os casos, no acordo de julgamento a confissão é o caminho e a razão de ser, é ponte e é veículo que conduz à solução do caso, desviando da instrução processual alargada. Já no consenso penal para diversão com intervenção, como no ANPP, a confissão não desempenha qualquer função processual de relevo, a justificar a sua exigência como requisito mínimo legal, e as funções extraprocessuais a ela atribuídas, também são obtidas na forma tácita da confissão, com a aceitação da responsabilização pelo infrator. (OLIVEIRA, 2021, p. 479)

O autor aponta que a desavença que talvez gere o problema e justifique a atribuição da necessidade de confissão para a realização de acordo é a discussão da responsabilidade:

A responsabilização parece ser o cerne da questão, não somente no procedimento de desvio da persecução penal em juízo, mas também no procedimento de consenso na jurisdição para uma condenação. Numa se prescinde da confissão, noutra a confissão consubstancia o pressuposto para a responsabilização, uma vez que com pena criminal. (OLIVEIRA, 2021, p. p. 478)

Desse modo, um instituto que se assemelhasse mais na prática ao *plea bargaining* teria motivos para ter por condição de pactuação a confissão, visto que o objetivo dela é a condenação, parecendo inócua a existência da confissão no acordo, especialmente porque:

Sem embargo do entendimento de que estas funções processuais possam ser desempenhadas pela confissão extrajudicial, não me parece ser uma vantagem que possa ser exigida como condição, em um consenso penal que objetiva a equação da demanda fora da esfera judicial.

A possibilidade do uso do ANPP para o propósito de retardar a persecução penal é diminuta, afinal significa perder não só a oportunidade de não responder à ação penal e, principalmente, afastar a imposição de pena criminal, mas também a possibilidade de obter outros benefícios durante o processo, sendo que a suspensão da prescrição durante a vigência do acordo, levaria por terra qualquer vantagem dessa estratégia. (OLIVEIRA, 2021, p. 477)

Oliveira não acredita, portanto, que a confissão seria método de evitar o descumprimento do acordo sendo para todos os casos inútil, pois a tentativa de se usar do ANPP para retardar o processo é quase ilógica uma vez que, inclusive, suspende o prazo prescricional. É mais crível que quem realize o acordo pretenda cumpri-lo de fato.

Para aqueles que defendem o uso da confissão, o maior motivo se dá exatamente pela possibilidade de seu uso como meio de prova, não vendo vantagem alguma se ele for considerado mero requisito formal:

[...]há ideia de que, para fins de oferecimento de denúncia, a confissão nada agrega, uma vez que, necessariamente, o oferecimento de acordo deve se dar com a justa causa devidamente caracterizada.

E, de fato, com este argumento se concorda. Mas é justamente por isso que a confissão não pode ser apenas utilizada como requisito para o acordo de não

persecução. Se é mero requisito, representa inútil imposição de sofrimento moral ao investigado, que se vê obrigado a confessar o crime, conduta que usualmente impõe vergonha a quem a comete. Mas, na perspectiva de que se trata de um negócio jurídico bilateral, que deve representar vantagens e concessões a ambos os lados envolvidos na negociação, a possibilidade de utilização da confissão para a ação penal representa verdadeiro ganho à atividade acusatória (GOULART FILHO, 2021, p.4-5)

Rocha, que pensa de forma semelhante, citando Cabral, afirma que a confissão tem função dupla: a função de garantia e a função processual:

A função de garantia pode ser definida como um meio de assegurar ao membro do Ministério Público, que, a partir da confissão detalhada (circunstanciada) não está a negociar com um inocente, o que poderia causar uma injustiça, além de trazer maior seriedade ao acordo. Por outro lado, também oferece ao defensor do acusado a garantia de que está orientando-o no sentido de seguir uma via processual menos gravosa, se comparada àquela pela qual seguiria o processo em caso de denúncia e, portanto, está realizando uma adequada orientação jurídica [...]

Ademais, existe a função processual, que é a mais autoevidente. Caso o investigado descumpra injustificadamente o acordo, após toda a movimentação do aparato estatal, da ocupação do tempo de todos os que nele trabalham e dos recursos para que fosse realizado, o Ministério Público possuirá a confissão como uma garantia para o processo que será iniciado. A função processual, segundo Rodrigo Cabral pode se desenrolar em três possibilidades quanto ao uso da confissão como prova. Poderá ser utilizada: a) como elemento corroborador das provas produzidas em contraditório; b) como meio para busca de novas fontes de provas e elementos probatórios; e c) como elemento de confronto com outras provas ou com o interrogatório judicial do acusado (ROCHA apud CABRAL, 2021, p. 14)

Há, portanto, a assunção por ambos que a confissão se presta à produção probatória. Importante perceber que a exposição de Rocha determina então que a confissão pode corroborar provas, ou seja, confirmar suspeitas em comparação com outros indícios já coligidos; pode ser meio para busca de novas provas, de modo que, a partir das informações que dela decorrem, novos indícios podem despontar. Assim, o órgão de investigação poderá promover diligências investigativas a partir das informações extraídas da confissão. A acusação, por sua vez, pode confrontar a confissão do sujeito passivo com outras provas:

[...]com o interrogatório judicial do acusado, poderá ser utilizada para diminuir a força argumentativa de outras provas, realçando possíveis contradições e gerando questionamentos que buscam a proximidade com a verdade real, que deve sempre ser perseguida, embora jamais seja plenamente alcançada. (ROCHA, 2021, p. 15).

Além deste fator probatório, a confissão e seu possível uso seriam fatores de desestímulo ao descumprimento do acordo:

Nessa perspectiva, a possibilidade de utilização da confissão na ação penal serve como mais um sério fator de desestímulo ao descumprimento às condições do acordo, uma vez que essa prova já foi obtida, como requisito à celebração do acordo de não persecução. O acordo, entre outros objetivos, serve como medida de obtenção da confissão, o que configura como exceção legal e permite sua utilização no processo em contraditório. (GOULART FILHO, 2021, p 7).

Importante acentuar que pode parecer em um primeiro momento que possibilidade de uso da confissão como indício no descumprimento do acordo é fator desestimulante para uma pessoa inocente realizar o acordo. Ocorre que, mesmo sendo inocente, por temer uma condenação é plenamente possível que o acusado venha a confessar ao imaginar o risco que corre na possibilidade de se desencadear a ação penal, sopesando valer mais a pena confessar uma prática da qual não é o autor para evitar uma condenação, por essa razão o acordo poderá concretizar uma injustiça, pois o inocente ao temer uma sentença desfavorável pode muito bem assumir a autoria de delito que não cometeu, ao passo que o real infrator não receberá nenhuma reprimenda. (SIMÕES, 2020, p. 5-6).

O posicionamento, que defende não apenas sua existência, mas também seu uso em caso de descumprimento de forma tão ampla como o proposto, traz diversas dúvidas quanto à constitucionalidade de seu emprego no processo e a possibilidade de inocentes confessarem falsamente, o que é plenamente crível. Outro fator é afastar pessoas que podem realizar o acordo, estas de fato culpadas, mas por medo de não conseguir arcar com as condições do que fora avençado até o final deixam de realizá-lo por medo de agravar sua situação, o que põe em xeque o objetivo de convencer o investigado a fazê-lo se atender aos critérios.

Em crítica ao posicionamento daqueles que entendem a obrigação de confessar como um meio de afastar inocentes da realização do acordo, Goulart Filho, que defende seu uso probatório, aponta:

[...] Ora, se a intenção é essa, basta não exigir a confissão. É um contrassenso exigir que alguém assuma a autoria de um crime para que outras pessoas não a assumam. O que os autores parecem defender é que investigados não sofram as consequências, ainda que negociadas, do crime cometido por outrem. Mas a exigência da confissão não evita essa possibilidade: se há prova da materialidade e há indícios de autoria contra determinada pessoa que, em verdade, é inocente, dificilmente o órgão de acusação identificará a falsidade da confissão para fins de acordo e, por outro lado, a recusa do acordo por esse inocente não impedirá o oferecimento de denúncia. Vale

dizer, embora a confissão possa se prestar a esse fim de identificação da inocência, é muito pouco para, por si só, justificar sua inclusão como requisito do acordo. (GOULART FILHO, 2021, p. 7-8).

De fato, a não exigência da confissão não impedirá a acusação de proceder, do mesmo modo que sua presença não irá afastar os investigados mais desesperados e ainda assim inocentes. O autor admite também que dificilmente o promotor irá reconhecer de pronto a falsidade da confissão, se ela se correlacionar aos demais elementos do inquérito.

Nesse sentido corrobora a análise de Dantas e Mota quanto a confissão falsa:

Por mais contraintuitiva que pareça a possibilidade de alguém confessar falsamente a autoria de um delito – e mesmo sendo grande o ceticismo de parte dos atores do sistema de justiça a esse respeito–, a revolução probatória do DNA demonstrou, com alta confiabilidade, que mesmo réus confessos e presos há anos eram inocentes dos crimes pelos quais foram condenados. (DANTAS; MOTA apud MALATESTA, 2023, p. 134).

Apesar dessa dissonância, um ponto que parece comum entre os defensores do uso da confissão é, novamente, a constante comparação entre o acordo no âmbito penal e um negócio processual cível. Nesta lógica busca-se sempre o equilíbrio do contrato, onde a possibilidade de se impedir a persecução penal é a vantagem auferida pelo investigado que, em contrapartida, realizará as obrigações pactuadas e tem em sua confissão algo como uma cláusula penal ou arras:

Ocorre que a mera existência da obrigação não é suficiente para a satisfação do credor. Ele precisa de mecanismos para assegurar que haverá o adimplemento. Nas obrigações de Direito Civil, há mecanismos como cláusula penal ou arras (CC/02, arts. 408-420), que visam a estimular o devedor para que cumpra a prestação que lhe cabe. A confissão, no acordo de não persecução penal, tem papel análogo a tais instrumentos. Serve de ganho probatório à acusação, tendo o investigado ciência de que, caso descumpra as condições que lhe cabiam, provavelmente será ofertada denúncia, devidamente instruída com a confissão do investigado; é, em suma, um grande desestímulo ao descumprimento dos termos avençados. (GOULART FILHO apud 2021, p. 10)

Esta, contudo, não parece ser a compreensão correta, até porque não se fala da obrigação de fornecer e de pagar produtos com porcentagem em cima do valor em arras para garantia

mínima reparatória, fala-se da possibilidade ou não de ter um processo movido contra a pessoa. Não bastasse a volta deste risco, arca ainda com a perda da *sursis* processual, de valores parcialmente pagos em sede de reparação e bens entregues, pois apontados como proveitos ilícitos, o que parece preço suficiente a ser pago pelo descumprimento.

Outro fator importante é o fato de que não estamos tratando de duas partes em igualdade de situações, em paridade de armas, mas de um lado, um representante do poder público exercendo sua oportunidade de deixar de oferecer a denúncia em troca de contraprestação que gerará um mínimo reparatório e, do outro, o investigado que teme figurar como réu em um processo criminal, podendo vir a ser condenado a uma pena e, por consequência, ainda ostentar maus antecedentes. Para este sujeito, é evidente que buscará realizar as condições para evitar figurar no banco dos réus. Nesse sentido a confissão:

Ainda, ocasionará disparidade entre os integrantes do procedimento, pois a acusação possuirá maior vantagem sobre o acordo, que uma vez extinto por qualquer motivo, que não por cumprimento integral do negócio jurídico, o membro do Ministério Público de verá oferecer a denúncia de imediato, com a finalidade de instauração do processo penal, podendo se utilizar da confissão como embasamento ao seu pleito, como consequência jurídica, de certo modo, não visualizada em primeira mão, se tem a não possibilidade de celebrar suspensão condicional do processo, embora não incida a sanção em forma de astreintes, para o descumprimento, a imediata instauração da ação penal corresponde a tal punição possuindo efeitos jurídicos bem maiores que o mero pagamento da multa, considerando a vantagem do órgão acusador pela obtenção de tal requisito, muitas vezes impensado, devidamente analisado apenas com um processo instrutório. (SILVA;REIS;SILVA, 2020, p.94-95).

Questionável portanto a alegação de que sem a confissão o acordo pende desproporcionalmente em favor do investigado.

Antes de proceder com as argumentações de inconstitucionalidade, importante demonstrar qual o ponto de vista de quem entende ela como condição formal para a realização do acordo, mas não aceita seu uso em eventual descumprimento.

Para Messias, uma vez formada a *opinio delicti* da acusação e ela legitimar a denúncia, o promotor fará a proposta do acordo, entretanto não poderá se valer do relato conferido pelo investigado a fim de atender ao critério da confissão como início de prova para eventual denúncia. Isso deriva do entendimento de que havendo elementos suficientes para iniciar um processo a confissão do acordo não se prestaria a este fim, pois o propósito dela não é o de robustecer o conjunto probatório reunido já que a finalidade da avença é a composição do acordo e não da denúncia. Daí entende-se que essa confissão não representa assunção de culpa a resultar na condenação criminal por meio de um negócio jurídico como seria a *plea*

bargaining. Subsiste a confissão como demonstração de consenso entre o parquet e o investigado quanto aos fatos e autoria delitiva, ela seria o que o autor chama de *magnus consensus* entre as partes se prestando a demonstrar concordância quanto à narrativa do ocorrido e o interesse em solucionar a questão pelo campo consensual e não processual. (MESSIAS, 2020, p. 63-64).

Messias, portanto, defende o caráter negocial do acordo e seu comprometimento em afastar o processo. A confissão, além de critério formal, seria meio de demonstrar concordância com as alegações dos fatos e autoria apresentados pela acusação, meio para confirmar o fato e símbolo do consenso entre as partes.

Agir de forma diferente, ou seja, usar a confissão com finalidade probatória seria desmoralizar a justiça penal negocial e agir contra a vontade do acordo, contra seu objetivo, a razão de ser do pacto entre as partes:

Configura violação ao princípio geral do direito que **veda o comportamento contraditório** (*venire contra factum proprium* ou “vir contra os seus próprios atos”) qualquer uso inquisitorial ou acusatório de uma confissão obtida para fins estritamente **consensuais**.

[...]Se o Ministério Público, **negocialmente**, deu causa à confissão do investigado, apenas para fins de **prova do consenso** e **evitação da denúncia** – e não início de prova –, é defeso ao Parquet, posteriormente, vir contra os seus próprios atos, isto é, incorrer em comportamento contraditório, ajuizando ação penal lastreada na confissão acima. A essa vedação sugerimos o seguinte brocardo: *venire contra pactum proprium* (“vir contra os seus próprios **acordos**”), fundado na ideia de que a confissão extrajudicial obtida pelo Ministério Público para os fins exclusivos de acordo de não persecução penal não pode mover o Parquet a futuramente “agir contra os seus próprios acordos”.

Se a confissão foi obtida **consensualmente** e apenas para os fins de acordo, por qual motivo, violando essa finalidade, utilizá-la para subsidiar uma ação penal que **já possui justa causa**? Eventual desrespeito ao *venire contra pactum proprium* poderá **desestimular** ou, quiçá, **desacreditar completamente** a legitimidade do acordo de não persecução penal. Nesse ponto, o artigo 28-A do CPP carece de melhor regulamentação. (MESSIAS, 2020, p.65).

Além disso o autor defende a retratabilidade e a divisibilidade da confissão em fase extrajudicial mesmo no bojo do acordo e completa afirmando que as informações pertinentes a ele devem ficar em autos apartados, ou seja, não deve contaminar eventual instrução:

Prudente que os elementos de informação obtidos consensualmente sejam tratados com **cautela** e mantidos **separadamente** do caderno investigativo, a fim de cindir os

elementos inquisitoriais e os de natureza consensual, como as tratativas e, principalmente, a confissão.

Isso porque, na hipótese de **não homologação** de determinada avença e posterior ação penal, se a confissão não receber a devida proteção via **desentranhamento dos autos**, haverá uma enorme falta de **confiabilidade** no instituto negocial, sobretudo por parte dos investigados/acordantes, tornando **infamado** o acordo de não persecução penal. (MESSIAS, 2020, p.68-69).

Feitas estas considerações, pontua-se que, na hipótese de não homologação, parece haver pouca resistência em renunciar à confissão mesmo entre aqueles que defendem seu uso probatório:

Nesse ponto, deve-se socorrer da consolidada teoria dos planos do negócio jurídico: existência, validade e eficácia. A possibilidade de utilização da confissão se situa no plano da eficácia e terá lugar após o inadimplemento, pelo investigado, das condições acordadas. No entanto, para que tal eficácia decorra do acordo de não persecução penal, é prévia condição de eficácia a homologação judicial [...] a qual deverá analisar a legalidade do pacto, assim entendida a avaliação dos planos de existência e validade do negócio (CC/02, art. 104): agente capaz; objeto lícito, possível e determinado ou determinável; forma prescrita em lei; vontade livre e consciente. (GOULART FILHO apud CABRAL, 2021, p. 11)

Este seria um dos poucos pontos de concordância, pois ainda assim a consideração da confissão como mero requisito formal, na opinião dos defensores de seu uso probatório é na prática inútil e apenas reforçaria a tese de quem alega a imposição dela ser um sofrimento desnecessário imposto ao investigado.

Enfim, foi possível pontuar quais seriam as justificativas do ponto de vista do objetivo da confissão em três diferentes visões: 1) para aqueles que condenam a existência da confissão, ela não tem aplicabilidade e causa de ser, a exemplo da transação penal ou da *sursis* processual que, em tese, resguardam o mesmo objetivo de evitar a persecução e um édito condenatório, motivo pelo qual ou ela persiste por uma questão moral de admissão de desacerto ou estaria lá até mesmo para prejudicar a consecução do acordo, sendo, portanto, inútil procedimentalmente; 2) existe com o fim de punição para o descumprimento do acordo bem como extensão para a produção probatória, podendo figurar no bojo processual para o fim de condenar ou ao menos aperfeiçoar a produção probatória. Está lá como uma compensação à acusação. Existe, portanto, com o fim de ser ou fazer prova; 3) a confissão teria valor formal e representaria o consenso e confirmaria o fato, como se simbolicamente fosse o reconhecimento por parte do investigado

de que a *opinio delicti* do promotor se confirma e por isso não produz efeitos secundários em caso de descumprimento, sob pena de desmoralizar o instituto.

A partir destas visões, se for realizada uma leitura do que foi apresentado até então como razão de ser da justiça penal consensual e em especial do ANPP, a confissão não coopera de forma alguma com a realização do acordo e seu objetivo de afastar crimes de médio potencial ofensivo da apreciação jurisdicional quando atendidos os critérios que aproximam o instrumento.

O primeiro argumento é que mesmo para quem defende seu uso, a única função possível da confissão dentro do acordo é a de atuar como meio de produção probatória e garantir a condenação do investigado que descumpri-lo como sugeriu Goulart Filho, consistindo em punição extra por não honrar a avença e um meio de a acusação compensar o “tempo perdido” com a suspensão da persecução.

O segundo argumento decorre do fato de que a visão de Messias não encontra suporte nos demais acordos existentes no ordenamento, a transação penal e a *sursis* processual que visam despenalizar a conduta do investigado que atende os requisitos dos acordos não dependem de confissão para realizar o seu fim. Apenas acordos que visam a produção de prova como a delação premiada preveem uma confissão, desse modo, o consenso e a voluntariedade para o acordo não dependem da confissão para serem alcançados, reafirmando sua inutilidade.

O terceiro argumento deriva do potencial disruptivo que a confissão confere ao acordo, desestimulando quem é culpado de confessar com o medo de sofrer gravame caso não consiga honrá-lo. Também não impede o inocente de assumir a obrigação mesmo perante o risco de complicar sua situação ao descumprir o avençado, possibilitando maior incidência de condenações de inocentes, de todo modo descredibilizando o instituto como ferramenta que visa despenalizar ou minimizar a incidência do direito penal.

Desse modo a corrente que atua pela desnecessidade da presença do instituto no acordo parece a mais correta para garantir a eficácia e segurança do instrumento.

4.2.2 A exigência da confissão é constitucional?

Insta questionar se a exigência da confissão atende os requisitos da carta maior. De início a justiça penal negocial se alicerça em preceitos constitucionais, estes alegados para a inclusão do ANPP, que visa a consecução de princípios como a eficiência, seja na acepção

administrativa/constitucional (art. 37 CF), seja na concepção de prestação jurisdicional processual (art. 8º do CPC). De toda forma, tem como sua raiz constitucional a celeridade processual (art. 5º LXXVIII) e expande-se na narrativa de que seu sucesso garante maior satisfação da segurança (art. 5º, caput e 144 da CF) uma vez que a justiça se focaria na supressão à criminalidade de alto potencial ofensivo. (BRASIL, 1988).

A partir deste pressuposto questiona-se se a confissão coopera para a realização dos objetivos do acordo. Sob o prisma daqueles que entendem pela sua inconstitucionalidade, o principal direito constitucional vilipendiado é o princípio *nemo tenetur se detegere*, que se traduz no direito do acusado ou investigado não ser obrigado a produzir prova contra si, decorrendo de uma interpretação conjunta do art. 5º incisos LV (princípio da ampla defesa), LVII (princípio da presunção de inocência) e LXIII (direito ao silêncio), ou seja, está atrelado às liberdades fundamentais do sujeito (LOVATTO; LOVATTO, 2020).

Não seriam apenas os princípios que concernem ao direito de não produzir provas contra si que seriam desrespeitados, mas também princípios como a dignidade humana pois se presta a objetificar o sujeito do processo:

Outro aspecto material da Constituição violado, que pode ser notadamente argumentado, refere-se ao princípio da Dignidade Humana, contido no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, pois, sendo ele a base de todo o Estado Democrático de Direito, tratando os indivíduos como sujeitos de direito dentro do âmbito persecutório penal, não mais como objeto, a confissão como cessão necessária por parte do indiciado apresenta-se como fundamento à instauração da ação penal, tornando-se verdade real, por assim dizer, finda por tornar objeto o indivíduo, servindo apenas aos caprichos do *ius puniendi*.

[...] A confissão, por sua vez, não é averiguada no momento da ratificação judicial, pois seria entrar no mérito da causa e ao homologar o acordo, o Judiciário apenas analisa as condições de legalidade e voluntariedade, reafirmando a necessária dispensa da confissão em fase pré-processual, a nível de ANPP, já que é trabalhada em fase processual, a título de mérito, demonstrando ferimento ao artigo 8º, §2º, da Convenção Americana de direitos Humanos, recepcionada pela Constituição Federal brasileira, ao trazer o devido processo legal como forma devida de averiguação de culpa, consequentemente preservando também a presunção da inocência. SILVA; REIS; SILVA, 2020, p.94-95).

Pode parecer redundante, mas a discussão se centra menos em torno da obrigação de confessar o delito e mais sobre o risco de ter esta confissão utilizada contra sua pessoa em eventual processo que pode ocorrer, em caso de descumprimento do acordo ou em procedimentos cíveis que podem decorrer da formalização do ANPP. Há o argumento de que a confissão terá caráter extrajudicial e por não mais ser considerada “a rainha das provas”, não

produzirá efeitos sozinha o que, de acordo com as decisões das cortes superiores, se demonstra real.

Ocorre que diversos fatores reunidos cooperam para demonstrar que, na prática, o ato de confessar em sede de ANPP acaba por minar as possibilidades de eventual absolvição de quem o celebra, caso haja o descumprimento do acordo e, por consequência, o retorno da marcha processual.

Primeiro, o juiz de garantias se encontra suspenso, o que por conseguinte implica que o juiz que homologar o acordo será aquele que presidirá a instrução processual. Portanto, mesmo que não fundamente sua decisão de acordo com a confissão do ANPP, estará cognitivamente contaminado como já expresso quando tratamos do instituto anteriormente, de modo que haverá uma tendência subconsciente do juiz da instrução de interpretar quaisquer indícios sob o filtro do culpado confitente:

Com a suspensão do Juiz de Garantias, o Juiz de direito que teve contato com o acordo é o mesmo que vai instruí-lo, caso haja descumprimento, em nítida contaminação, nos termos da novidade legislativa da mesma reforma legal, imposta no art. 157, §5º, que transcreve: “§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.

Nesta ótica, estamos diante de uma enorme bola de neve processual, onde, mantendo-se a legislação da forma em que se encontra, aumentará cada vez mais o número de situações análogas à acima narrada e agora repisada: o investigado confessa para firmar o acordo, descumpre-se o acordo, é denunciado e condenado, sendo sua confissão usada como prova de condenação. O mesmo magistrado irá atuar na homologação do acordo, na rescisão do acordo, receberá a denúncia, instruirá e julgará, em nítida contaminação. (SILVA, 2021, p.11).

Segundo, a presença do advogado no momento de negociar e celebrar o acordo é fator positivo e vital para que o investigado seja devidamente orientado e sopesa as vantagens ou desvantagens de realizar ou não o acordo. Contudo, em uma realidade que sua confissão pode ser empreendida no processo, a presença da assinatura do defensor do investigado gera uma presunção de lisura da confissão, quase como se contasse com contraditório e ampla defesa da confissão adquirida nos autos do processo. Desse modo suaviza-se o efeito daquela confissão extrajudicial, que pode ter sido obtida por meio de pressão, manipulação ou qualquer outra forma de vício no inquérito. Com a presença do advogado a confissão do investigado estaria blindada de qualquer vício, uma leitura que poderia dar a impressão de que as duas partes teriam posições equânimes na negociata. Aliás, cada vez mais as cortes vêm valorando esse tipo de confissão extrajudicial apoiada pelo advogado. (ROCHA, 2021, p. 483).

Considerando estes dois fatores, a desproporção entre a acusação e a defesa seria considerável, pois amear indícios que corroboram o teor da confissão seria função que simplificaria o trabalho acusatório, basta a oitiva em juízo de um agente policial, por exemplo, confirmando os elementos do inquérito e dificilmente se escapará de uma condenação ou se conseguirá uma desclassificação, visto que não necessariamente o conteúdo confessado em ANPP coincide com o fato realmente perpetrado pelo investigado.

Por essa produção antecipada de prova que pode aperfeiçoar, auxiliar a criar e corroborar outros indícios ou provas é que Silva; Reis e Silva (2021) criticam a disposição da confissão, pois ela gera inconstitucionalidade material do art. 28-A do CPP:

A eficácia de uma norma jurídica necessita estar de acordo com alguns requisitos, destacando-se entre eles a existência de possível vício na sua origem que caso seja com firmado irá gerar uma inconstitucionalidade formal ou material. A diferença entre ambos se dá no local do vício, pois enquanto o primeiro é notado em sua origem, o segundo a inconstitucionalidade ocorre na matéria da lei, ou seja, na essência da lei. [...] O vício material acontece na medida que a lei se torna incompatível, através de uma violação ao integrado na *Lex Legum* ou então a algum princípio fundamental protegido por ela. Axiomático o encaixe da inconstitucionalidade material no âmbito do ANPP, uma vez que um de seus requisitos para sua validade é a confissão do indiciado, medida notoriamente contrária a presunção da inocência aderida pela Carta Magna. Esse princípio é um norteador do direito brasileiro, pois através dele há uma cisão dos excessos do Estado com o cidadão, possibilitando uma busca pela verdade sem a violação dos preceitos fundamentais. O Brasil por acolher o sistema misto na sua persecução penal apenas reforça o quão necessário é este princípio para realização da justiça, demonstrando assim uma arbitrariedade do legislador ao prever a confissão como condição com o intuito de garantir um benefício para as partes. (SILVA; REIS; SILVA, 2021, p. 93-94)

Do ponto de vista daqueles que defendem a constitucionalidade do instituto o principal argumento centra-se na voluntariedade e a assunção por parte do investigado deste risco calculado, pois uma vez que devidamente orientado por advogado e sendo informado de todos os fatores que podem influenciar sua decisão, poderá dispor de seus direitos. Portanto, argumentam que o pleito de inconstitucionalidade:

Com a devida vênia, o argumento é frágil. Nesse ponto, a temática já foi enfrentada no âmbito dos acordos de colaboração premiada. Ora, o ajustamento entre órgão de acusação e investigado, em ambos os casos, pressupõe a voluntariedade, dado que é negócio jurídico bilateral. [...] Como bem ensina LIMA, “como não há dever ao silêncio, todo e qualquer investigado (ou acusado) pode voluntariamente confessar os fatos que lhe são imputados. Nessas condições, cabe ao próprio indivíduo decidir, livre

e assistido pela defesa técnica, se tem (ou não) interesse em celebrar o acordo de não persecução penal” (2020, p. 283). Em suma, se há acordo, o investigado não está sendo obrigado a confessar, mas opta por fazê-lo. (GOULART FILHO, 2021, p.4)

Além disso, como estaria sabendo perfeitamente o conteúdo daquilo que, efetivamente, o *parquet* possui, o investigado se encontraria em vantagem negocial, pois não está sob a *common law* americana:

Ora, se entende que não cometeu a conduta que está lhe sendo atribuída, pode perfeitamente rejeitar o acordo. A vantagem do acordo é evitar o ônus do processo e o risco de condenação ao final, mas se o investigado se entende inocente e – devidamente assistido por defesa técnica – que os elementos contra ele não serão robustos suficientes para levar a uma condenação, pode perfeitamente recusá-lo. E, nesse ponto, é de se aclarar que a defesa detém claras vantagens informacionais em relação ao Ministério Público para realização da negociação: o Parquet, por decorrência de diversos princípios constitucionais (tais como moralidade, publicidade, impessoalidade – CF/88, art. 37, caput), tem o dever de *disclosure* (ou seja, não pode ocultar nenhum elemento de informação obtido na investigação), bem como já deve apresentar desde logo qual a provável acusação, sendo vedado o *overcharging* (acusações mais gravosas a fim de forçar o acordo). (GOULART FILHO, 2021, p. 5)

Outro fator apontado é de que o prejuízo não existe, porque a confissão sequer será considerada prova processualmente constituída, dessa forma terá pouco poder para conformar um édito condenatório:

ressalta-se que não terá o mesmo valor probatório que uma confissão realizada no âmbito do processo penal, exatamente pelo fato de estarem ausentes o contraditório e a ampla defesa no momento em que a confissão fora realizada. Por essa razão, deverá ser avaliada pelo magistrado juntamente com os demais meios de prova que fazem parte do arcabouço probatório do processo para que, por fim, forme o seu convencimento motivado. Obviamente, um único elemento de prova não poderá ser utilizado para a condenação do acusado, seja ela produzida antes ou durante o processo. Nesse sentido, as provas devem unir-se para confirmarem a versão dos fatos mais próxima possível da realidade concreta, em uma incessante busca de aproximação da verdade real (dentro das limitações humanas, materiais e procedimentais). (ROCHA, 2021, p. 483).

A discussão no campo constitucional se resume a proteção da presunção de inocência, do direito ao silêncio, a ampla defesa, o contraditório e principalmente a possibilidade de que não se produza prova em desfavor do acusado, contra o enaltecimento da voluntariedade em

realizar o acordo e na disposição destes direitos, que não são deveres em favor dos benefícios pessoais a serem auferidos pelo investigado e pela sociedade como todo. Tudo em prol de uma prestação jurisdicional mais eficiente e célere.

Para que não se diga que não existe discussão do tema junto às cortes superiores, no STJ de fato foi veiculado o Habeas Corpus Nº 756907 - SP (2022/0220927-7), de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, ao tratar de pleito de ilicitude de provas em acusação de falsidade ideológica expõe:

[...] 4. Se a sentença condenou o paciente por falsidade ideológica e reconheceu a autoria delitiva exclusivamente com lastro em elementos produzidos na fase extrajudicial (depoimentos prestados durante o inquérito policial e ao Promotor de Justiça, além de confissão do celebrante de ANPP), não reproduzidos durante a instrução criminal e não submetidos ao devido contraditório, é de rigor reconhecer a insuficiência do standard probatório que autorizaria a condenação.

5. Demonstrada a ofensa ao art. 155 do CPP, impõe-se a absolvição do paciente nos termos do art. 386, VII, do CPP.

6. Habeas corpus parcialmente concedido e, nesta extensão, concedido para absolver o réu. (BRASIL, STJ, HC 756907/SP. RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Sexta Turma. Julgado em 13/09/2022)

Ao decidir pela absolvição do réu, o relator faz a análise de que o uso pela confissão no ANPP é de elemento extrajudicial comparativo a indício de inquérito, mas até então sua constitucionalidade não foi atacada:

Sob a ótica de violação do art. 155 do CPP, é possível acolher a alegação dos impetrantes, pois faltam provas suficientes à condenação. Assinalo, por oportuno, que não existiu acordo de colaboração premiada e não prospera, ao menos a partir de jurisprudência firmada pelas Cortes Superiores, a alegação de inconstitucionalidade da confissão exigida como requisito para o ANPP, razão pela qual os argumentos relacionados a tais tópicos não podem ser acolhidas de ofício, em indevida supressão de duas instâncias. (BRASIL, 2022)

Do ponto de vista do STF até o presente momento, nada concretamente se refere ao uso da confissão, contudo, os acórdãos disponibilizados, ao se referir a questão da retroatividade do ANPP geraram certas afirmações de interesse ao presente estudo:

Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*. 2. **O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia.** 3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”. (BRASIL, STF, HC 191464 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020.) (grifos nossos).

É possível entender por essa leitura que, ao menos tacitamente, a corte suprema vem entendendo a confissão como elemento extrajudicial e que em caso de descumprimento seria ela tratada como indício. Entretanto tal análise apesar de altamente crível, fica no campo da suposição.

Notadamente, é uma discussão complexa, pois relacionada à impressão de que o requisito da confissão não significa tamanho prejuízo e que o excesso de proteção a direitos constitucionais gera entraves ao sistema jurídico, mas como dito, parece que a análise desse problema deve ocorrer de um ponto de vista sistêmico.

Portanto, fazendo o cotejo entre os argumentos que encadeiam valores constitucionais conflitantes, observa-se que a defesa da confissão tende a se escorar unicamente sob o manto de uma voluntariedade que é assessorada pela integral inteligência do acordo, vez que o MP tem o dever de *disclosure*, assim como é garantida a instrução técnica da defesa e a alegação de que seu uso será equivalente ao de elemento de inquérito. Goulart Filho (2021) e Rocha (2021) abertamente defendem seu uso como indício ou meio para a produção de uma prova. Dessa lógica pode-se depreender que essa possibilidade coopera para a eficiência da persecução penal e possibilita uma dilação probatória mais célere.

De outra banda, temos a afirmação de que o acordo, pré-processual, logo fora da apreciação jurisdicional não pode ser meio de produção probatória pois atentaria contra o *nemo tenetur se detegere* e os princípios que dele decorrem, como a presunção de inocência, o direito ao silêncio e a ampla defesa, mas além disso, pode significar lesão à dignidade da pessoa

humana ao tornar o sujeito um meio, um objeto de produção probatória para aumentar as chances de uma condenação criminal.

De fato, a confissão parece instrumento inconstitucional que desvirtua a razão e função do ANPP e no mínimo, constitui fator que agrava a situação processual do investigado antes mesmo do seu início. A argumentação que visa minimizar o efeito danoso do seu uso, mesmo como indício a ser corroborado por outras provas, desconsidera que a confissão obtida ante a presença da defesa técnica confere a ela a noção de certa lisura ou ideia de ampla defesa na sua obtenção, que necessariamente passa pelo crivo do advogado. Tal raciocínio vem sendo aceito pelas varas de justiça, de modo que no mínimo subjetivamente o juiz que apreciar esta confissão será influenciado a entender ela como verdadeira e idônea, muito mais do que uma retirada do interrogatório em inquérito. A falta do juiz das garantias infelizmente garante que este efeito chegue ao juiz da instrução

Portanto, a exigência da confissão para a realização do acordo e seu uso pelo descumprimento é inconstitucional se considerarmos o momento em que é colhida, antes do processo e com fim diverso daquele que conforma o instituto quando utilizado como atenuante dentro do processo penal. Trata-se de objetificação do investigado uma vez que o acordo parece artifício para convencê-lo a confessar e garantir ao promotor um campo mais confortável para exercer sua acusação caso o investigado não cumpra os termos pactuados.

Por mais que se sustente-se a existência de voluntariedade e inteligência do acordo, sempre é importante recordar que não se está na seara cível, portanto, há pressão, medo, receio, fatores que influenciam a decisão do investigado mesmo sem a intenção do Ministério Público em criar esta atmosfera e mesmo que o investigado conte com o apoio de sua defesa. A imprevisão do processo é um fato já que conduzido por humanos e não segue pressupostos científicos exatos, por isso casos semelhantes podem ter resultados diferentes, o que sempre gera risco. Tendo esta ciência e tomando por premissa que o ANPP não se presta a ser meio de produção probatória em troca de penas ou regime de cumprimento mais brandos, a persistência da confissão que sabidamente não tem causa procedimental se presta apenas a produzir meio para uma condenação o que atenta contra a presunção de inocência, o direito ao silêncio, a ampla defesa, a dignidade da pessoa humana e torna o instituto materialmente inconstitucional.

4.2.3 A confissão pode gerar efeitos extrapenais?

Além da discussão de seu objetivo e dos efeitos que o descumprimento do ANPP gera dentro do processo em desfavor do acusado por meio do uso da confissão e da avaliação da constitucionalidade ou não desse uso, outro fator de interesse deve ser considerado: a possibilidade do uso extrapenal da confissão.

Em outras tradições há a possibilidade de que os acordos penais ou pré-processuais gerem ou não efeitos externos. Por exemplo, o *plea bargaining* na forma do *nolo contendere* não gera efeitos civis, pois não há ativamente uma assunção de culpa com efeito extrapenal. O mesmo ocorre com o *patteggiamento* italiano, que também versa sobre a pena a ser cominada.

Ocorre que, com o ANPP, não parece ser o caso, pois supostamente a confissão no acordo tem uma eficácia endoprocessual e outra extraprocessual:

Quanto à eficácia endoprocessual, está submetida a condição suspensiva, notadamente, ao descumprimento das condições avençadas no acordo de não persecução penal e ao posterior oferecimento e recebimento da denúncia, com o que se forma a relação jurídica processual, na qual a confissão ingressará como prova pré-constituída, mas com participação de ambos os envolvidos (autor e réu), o que permite sua admissão no feito.

Quanto à eficácia extraprocessual, se refere à possibilidade de sua utilização em outros feitos. Quando essa conduta atingir terceiros, não parece haver óbices. A discussão é acerca da utilização contra o próprio investigado. E, neste caso, não há como condicionar a produção da eficácia à rescisão do acordo. (GOULART FILHO, 2021, p.14)

Essa afirmação deixa em aberto se há ou não dependência da rescisão para o uso extrapenal da confissão. Além disso o autor parece pacificado com a ideia de a confissão de um investigado ser aproveitada no processo ou em prejuízo de outro, a exemplo de duas pessoas investigadas por furto qualificado, se a primeira confessasse o delito em concurso para obter o acordo, seria possível usar essa confissão em prejuízo da segunda.

Tal noção é temerária e preocupante. Se a presença de confissão se apresenta como um perigo para proteger os direitos do acusado que a profere, pior ainda seria usar o acordo para agravar a situação processual de um corréu, especialmente se esta não é a proposta e o objetivo-fim do acordo. O acordo se presta a tratar e solucionar de forma consensual a situação do investigado, visa despenalizar a conduta, portanto não pode e nem deve prever consequência

negativa para outra pessoa que não faz parte dele, isso não ocorre mesmo sob a ótica do negócio jurídico de caráter cível, onde não se negocia o prejuízo de terceiros. Mais temerário é imaginar que a acusação se aproveitaria do acordo para adquirir a reparação necessária do investigado e ainda ganhar substrato para conformar a condenação de outra pessoa, viciando o objetivo do acordo e o motivo pelo qual o investigado confessa.

Nesse ínterim, o autor vislumbra a aplicação da confissão em três meios para além do processo penal, a seara administrativa, a ação de improbidade administrativa e a reparação de dano cível: 1) na seara administrativa a confissão pode ser utilizada pela Administração Pública para instruir o procedimento administrativo disciplinar (PAD); 2) na ação de improbidade a confissão também teria uso, o autor aponta que quanto ao fato que enseja a improbidade tanto o ANPP quanto o acordo de não persecução cível podem ser ofertados em primeiro momento, entretanto um pode ser preferível ao outro a depender do caso concreto uma vez que eles tem requisitos próprios; 3) quanto a reparação do dano, esta já é prevista no próprio ANPP, entretanto o MP pode não ter total conhecimento da extensão do dano ao formular a proposta uma vez que os elementos que detêm provem de investigação preliminar que pode ser limitada. Portanto, nada impediria neste caso que a vítima pedisse complementação do valor arbitrado para reparar o dano. Contudo o acordo não tem a mesma função de uma sentença penal condenatória, ou seja, não pode ser usado como título executivo judicial a ser liquidado, logo, a vítima terá que propor nova ação de conhecimento devendo comprovar o fato ilícito que enseja a reparação, e neste caso, a confissão funcionará como prova do fato ilícito e da culpa do investigado. (GOULART FILHO, 2021, p.15).

Fica evidente então a ampla incidência do instituto para diferentes áreas do direito, o que possibilitaria a abertura de novos feitos caso a confissão no acordo gere indícios de interesse. Por exemplo, no caso de um funcionário público que cometa um crime personalíssimo, ou seja, que só possa cometer em decorrência de sua função, se não houve processo administrativo, ele poderá ser instaurado; se o fato envolver agente público político ou com função de gestão a confissão poderia fundar uma ação de improbidade. Aliás elucidou-se que o ANPP concorre com o Acordo de Não Persecução Civil (ANPC) quanto sua aplicabilidade no processo. Por fim, importante relembrar que também há a possibilidade de extensão da reparação de dano para além do bojo do acordo em ação civil própria, contudo Goulart Filho defende que a liquidez presente na sentença penal condenatória não é compartilhada pela sentença homologatória, entretanto a confissão poderá embasar eventual ação de conhecimento.

Em contrapartida, do ponto de vista de quem não crê que é viável a expansão do acordo para além do próprio processo, temos alguns argumentos. Em primeiro, há quem defenda que a confissão obtida não deveria ser utilizada em prejuízo de outros indivíduos:

Aqui, compartilha-se o pensamento firmado no sentido de que o acordo de não persecução penal é um negócio jurídico processual e personalíssimo, firmado entre o indiciado ou acusado, devidamente assistido por seu defensor, e de outro lado, o Parquet, inexistindo espaço para coautores ou partícipes, “de modo que, qualquer declaração nela proferida, se utilizada em âmbito processual — quer em instrução, quer em fase de sentença —, contra o outro corréu que não pôde pactuar o acordo violará diretamente o contraditório e a ampla defesa. (DAGUER; SOARES; BIAGI apud NICOLAI; FERREIRA, 2022, p.101).

Se havia dúvidas quanto aos efeitos uso extensível, os autores resolvem a questão compartilhando dados estudados:

Não obstante, há grande possibilidade de se ter a utilização da confissão para fins de embasar a denúncia ou a condenação, em sendo o caso de descumprimento do acordo. Relevante pesquisa realizada no estado de São Paulo revelou que em 35% dos casos de concurso de pessoas, o conteúdo da confissão do corréu que celebrou o acordo de não persecução penal foi considerado no mérito da prolação de sentença, ou seja, empregada para condenar o coautor ou o partícipe. (DAGUER; SOARES; BIAGI apud NICOLAI; FERREIRA, 2022, p.101).

Fica demonstrado, portanto, que há uma normalização da extensão do uso da confissão de um investigado em desfavor de outro indivíduo inserido no polo passivo da persecução penal. Tal utilização, porém, pode ser interpretada como desvio de finalidade do ANPP, tendo em vista que seu objetivo, extraído da exposição de motivos da Lei n. 13.964/2019 e da Resolução n. 181/2017, não seria a produção de provas. Essa conclusão também deriva da leitura sistêmica de outros institutos despenalizadores.

Quanto a repercussão nas demais esferas jurídicas, os autores analisam a inviabilidade do uso da confissão para prejuízo do réu inclusive no campo extrapenal pois esta não é a proposta do ANPP:

[...] Tem-se, portanto, como inviável a utilização da confissão formal e circunstanciada prevista no art. 28-A, para fins de lesar ou prejudicar aquele que opta pela celebração do acordo. Neste sentido, autoincriminação vista como mero requisito formal atrelado à nova sistemática de exclusão do caderno investigatório corrobora a impossibilidade de uso da confissão, na medida em que “sua imprestabilidade se espalha para outras esferas do Direito, vedando-se o emprego na caracterização de responsabilidade civil ou administrativa”.

Isso porque, resta claro subsistir um cenário de aceitação do acordo para fins de não ser julgado criminalmente por aquele fato, por conferir maior segurança jurídica ao investigado ou acusado e assim descomplicar a resolução de um conflito numa lógica de justiça negociada. O que se pretende com o acordo de não persecução penal é abreviar a persecução penal por meio do oferecimento de condições ao investigado, sem se adentrar ao mérito da questão submetida ao Poder Judiciário. A observação é importante porque, ao contrário da colaboração premiada considerada como meio de obtenção de prova, o acordo de não persecução penal não possui objetivo probatório, razão pela qual se reforça a ideia de impossibilidade de emprego para outras esferas. (DAGUER; SOARES; BIAGI apud SOARES; BORRI; BATTINI 2022, p.108)

Portanto a imprestabilidade da confissão decorreria do próprio objetivo do acordo de não persecução penal, qual seja, impedir a deflagração da ação penal por meio de requisitos a serem preenchidos pelo investigado, e ao fim, a extinção da punibilidade do agente, o qual continuará sem antecedentes. Diferente é o objetivo se a confissão for usada para aumentar as chances de sentença ser favorável à acusação e a possibilidade de sua confissão corroborar a acusação de outros, estes sim objetivos de uma delação ou colaboração premiada.

Especificamente em relação a colaboração premiada, muitos autores consideram existirem dois institutos dentro de uma colaboração *lato sensu*, a colaboração *stricto sensu* (estrita) que se refere a confissão de um delito com assunção de responsabilidade e intenção de elucidar detalhadamente o crime, mas não havendo a necessidade de incriminar terceiros. O segundo instituto, a Delação Premiada, se refere ao acordo de assunção de culpa e responsabilidade onde ocorre a confissão e a delação de terceiros envolvidos no delito em troca de benefícios como redução ou conversão de pena por exemplo. (PEREIRA, 2021, p. 104).

Independente de qual tipo os autores tenham se referido acima – visto que é comum usar colaboração e delação como sinônimos – questiona-se se o ANPP se aproximaria de algumas destas definições, considerando a opinião quem defenda este ponto de vista alegando que há a obrigação do investigado de colaborar com a acusação de forma ativa (GOULART FILHO, 2021, p.10).

Não há a pretensão de se aprofundar na discussão da delação premiada, entretanto para fins de uso da confissão é interessante esta pequena introdução a fim de justificar o motivo de algumas pessoas aproximarem este instituto como referencial ao uso da confissão no ANPP,

apesar de autores como Oliveira (2021), Daguer; Soares e Biagi (2022) e Gontijo (2021) entenderem pelo ANPP como acordo da mesma espécie da transação penal.

Nesse sentido, para Daguer; Soares e Biagi a finalidade do ANPP não é a produção probatória, não se busca a confissão do acusado, mas ela se apresenta como condição de consenso para viabilizar o controle judicial sobre a negociação. Desse modo o ANPP não se configura como acordo de julgamento, aquele em que há resolução do caso com a diminuição da pena, e que pode levar a conclusão de que os fatos se deram da forma como foi admitida pelo acusado e homologado pelo juiz. Adicionam ainda que a confissão extrajudicial pode ser retratada posteriormente, sendo insuficiente para condenação nos termos do art. 197 do CPP em caso de processo criminal, o que obriga ao juiz examinar o conjunto probatório de acordo com o que foi produzido pelas partes. (DAGUER; SOARES; BIAGI apud VASCONCELLOS, 2022, p. 109-110)

Por fim, o argumento do rechaço ao uso extrapenal da confissão passa por uma questão constitucional ao dizer que no processo não se admite a prova obtida por meio ilícito (art. 5º, inciso LVI, CF/88) devendo ser questionada a veracidade da confissão obtida na esfera criminal antes de se pensar em usá-la nas demais esferas. A prova ilícita decorre da violação da lei para sua obtenção; dentro do processo o conceito de prova é o direcionamento à verdade que respeite limites éticos, epistemológicos e legais. (DAGUER; SOARES; BIAGI apud TAVARES; CASARA, 2022, p.109)

Portanto, a confissão, obtida com o sentido e vontade (*animus*) únicos de realizar o acordo – isso se for possível se falar em vontade, visto que é condição obrigatória – não aparece com o caráter de assunção de responsabilidade ou culpa como a confissão que se efetua no bojo do processo penal e gera atenuação. Desse modo, se seu uso no descumprimento para conformar elementos de inquérito é temerário, mais temerário ainda é o uso fora dele para fundamentar novos procedimentos em prejuízo de corréus e partícipes, o que configuraria a epítome da expansão do direito penal, usar um acordo para produzir a condenação de terceiros.

Do ponto de vista da extrapenalidade, ou seja, a configuração dele como substrato para processos em outras esferas é novo fator que desestimula sua realização e que gera novo prejuízo ao investigado, colaborando para ao desequilíbrio do acordo mesmo quando devidamente cumprido por ele.

5. CONCLUSÕES

Feita esta incursão nos objetivos da justiça penal consensual, observamos que sua razão de ser é a busca de maior celeridade e eficiência na prestação jurisdicional e a possibilidade de conferir para o Poder Judiciário e para o Ministério Público o enfoque em criminalidades de alto potencial ofensivo ou ainda de alta complexidade resolutória. Em acréscimo a este fator há ganhos para o investigado que em acordos que visam afastar o processo não será condenado em troca da realização de condições ou a diminuição da pena naqueles acordos em que há a assunção de culpa por confissão.

Do ponto de vista do investigado, estes acordos se legitimariam em sua voluntariedade e inteligência (conhecimento) dos procedimentos, de seus efeitos, ganhos e perdas, de modo que poderá avaliar a melhor decisão, a exemplo da realização de negócios jurídicos na área cível. Ocorre que diversas são as críticas a este sistema, pois flexibilizam direitos e garantias processuais como a ampla defesa, a presunção de inocência, o direito ao silêncio e mesmo a dignidade humana. Simplificam procedimentos, de modo que impossibilitam o contraditório e a ampla defesa e, por vezes, geram desproporcionalidade entre as contraprestações exigidas de acusados em casos semelhantes.

Independentemente destas críticas, observamos que a *plea bargain* se estabeleceu de forma total na tradição da *common law* de onde deriva, sendo lida como mecanismo de sucesso para desafogar sistemas. Tal instituto inspirou flexibilizações da obrigatoriedade da ação penal em países de tradição da *civil law* que incluíram por exemplo juízo abreviado e o procedimento monitorio, o *Patteggiamento* na Itália, o *Absprachen* e as ordens penais na Alemanha, institutos que ainda contavam com grande interferência do juiz em sua consecução e que receberam críticas ou pelas excessivas flexibilizações dos ritos ou pelo caráter informal e pouco delimitado deixando nas mãos do magistrado a extensão do benefício.

A tradição brasileira foi inaugurada pela Lei nº 9.099/95, que introduziu a transação penal e a suspensão condicional do processo, que trouxeram a discussão da natureza jurídica, a possibilidade de consistirem em direito subjetivo do investigado ou poder-dever do Ministério Público, bem como vieram as críticas de que, se mal utilizados, estes institutos seriam apenas ferramentas utilitaristas, que visariam facilitar a vida da acusação e do Judiciário, já que poderiam mecanicamente ofertar acordos rígidos, sem abertura para negociação e que talvez não fossem necessários, pois, por meio de análise mais detida dos pressupostos da ação penal, poderiam haver causas de absolvição, nulidades, motivos para arquivamento.

O acordo de não persecução penal reacende a chama da discussão da flexibilização do processo, primeiro porque tem maior incidência em delitos comparado aos demais institutos despenalizadores, contando com pressupostos e exigências mais complexos e deixando em aberto possibilidades diversas, o que tornou a previsibilidade de suas disposições prejudicadas, pois muito afeitas a subjetivismos sobre sua adequação e oferta aos investigados, a correta delimitação daquilo que seria exigido deles em contraprestação como os bens a serem apontados como proveito do delito por exemplo, entre outras questões, sendo a mais instigante a necessidade da confissão e seu uso em eventual descumprimento do acordo.

Naturalmente, apesar da possibilidade de fiscalização pelo juiz, que pouco interfere na condução do acordo em comparação aos mecanismos europeus apresentados, o Ministério Público teve a necessidade de conformar a aplicação do instituto despenalizador e estabelecer critérios, por exemplo, para sua propositura, definindo o que seria suficiência para reprovação e prevenção do delito; quando o investigado se dedica ou não a atividades criminosas; ou quando a conduta empreendida por ele é ou não insignificante.

A análise destes fatores configura-se em um juízo de oportunidade e concretiza a mitigação da obrigatoriedade da ação penal. Ocorre que toda e qualquer introdução de institutos no Direito Penal ou Direito Processual Penal deve ser realizada em observância de um princípio informador sistêmico acusatório, ou seja, deverá preservar ao máximo os direitos e garantias fundamentais; manter de forma clara a divisão de funções processuais de julgar, acusar e defender; e garantir a plena participação do acusado, o ator mais fragilizado do processo. Para tanto, toda faculdade de agir daqueles atores com maior poder deve estar balizada em pressupostos legais, de forma que não só preceituem os critérios mitigatórios da obrigatoriedade como os limitem de forma clara e taxativa. O ato do promotor que decorrer desta mitigação deve ser devidamente motivado e fundamentado constituindo a chamada oportunidade legalmente regulada, que não prescinde de uma construção multilateral, incluindo os interesses de todos os atores do Direito em especial do próprio Ministério Público.

Tal pressuposto regulamentar não deve balizar apenas a oportunidade de propor o acordo, mas também os limites de exigências e os efeitos adversos que dele decorram para que não seja ferramenta utilizada como meio para violar direitos e garantias fundamentais. Desse modo parece correto que todos os pontos em que a lei processual foi silente e que geram discussão devem passar por esta mesma lógica da oportunidade legalmente regulada construída sobre o aspecto multilateral, ou seja, observando a doutrina, a jurisprudência as normas do Ministério Público e as sugestões das Defensorias e da Ordem dos Advogados, e demais órgãos, sempre com respeito à autonomia do órgão ministerial.

O maior fator de preocupação do acordo é a exigência da confissão. O instituto que nasce como a “rainha das provas” e foi corolário de uma persecução penal punitiva, parcial, que não conhecia limites e tinha na mesma figura o inquisidor que julgava, acusava e defendia. Apesar das revoluções liberais e da construção de um Estado Democrático de Direito, remanesce a luta pelo caráter da confissão no processo. Não é mais a rainha das provas, mas pode ser a coroa que gera o fecho de uma investigação, pois ainda remanesce com relevância preponderante na busca da verdade pelo juízo e como mecanismo de confirmação da pretensão acusatória.

Dentro do acordo de não persecução penal, a confissão está presente como requisito e o Ministério Público compreende que o descumprimento do instituto legitima seu uso como prova ou indício no “retorno” do processo criminal. Assim, o presente trabalho procurou responder qual seria o objetivo da confissão no ANPP; se tal requisito seria constitucional; e quais seriam os limites de seus efeitos, a fim de concluir se valeria a pena sua exigência como condição para o acordo.

Deve-se considerar que a propositura de todo e qualquer acordo penal precisa observar a construção de um sistema acusatório, portanto ser compatível com seu princípio informador. Por este ponto de vista, não necessariamente institutos da justiça penal consensual serão ferramentas eminentemente inquisitoriais, que rompem com direitos e garantias fundamentais. Podem ao fim cooperar para um sistema acusatório; conformar-se em institutos que para a descriminalização de condutas; evitar estigmatizações, pois podem impedir registros de antecedentes; afastar o uso desmedido de medidas cautelares como a prisão; e ao fim garantir um mínimo de reparação para a vítima e para a sociedade e ainda assim dar a oportunidade para que o investigado recomece sua vida.

O ponto divisor de águas nesta questão é que para além da teoria devemos investigar qual a real vontade por trás da criação destes institutos, expandir ou minimizar a incidência do direito penal? Construir consenso ou produzir prova? Trabalhar em prol de um sistema acusatório ou do recrudescimento do inquisitivo? Estas questões devem ser feitas quando enfrentadas a existência de uma confissão e seu uso em razão do descumprimento da avença.

Se o objetivo do ANPP for realmente buscar a celeridade, eficiência, prestabilidade e possibilitar a descriminalização de condutas, ou ao menos, afastar a incidência do direito penal sobre assuntos que podem ser solucionados sem a imposição de uma pena privativa de liberdade, então a confissão estará para sabotar seu objetivo pois configura-se em contradição fundamental ao objetivo que se propõe. Isso se deve ao fato de que tal exigência pode muito bem afastar pessoas que pretendem realizar o acordo, mas deixam de fazê-lo pela ameaça de ter

agravada a sua condição dentro do processo. A exigência da confissão também possibilita que o mesmo gravame seja imposto para aqueles que são inocentes, mas, calculando os riscos de responderem a um processo criminal, preferem confessar um fato que não praticaram e correm o risco de em eventual descumprimento terem seladas as chances de absolvição.

A presença da confissão do ponto de vista do objetivo do acordo só fará sentido se for com o intuito de produção probatória, o que se for o caso, descredibiliza a existência do acordo como se apresenta, pois nunca fora divulgado como negócio jurídico com finalidade probatória. Não bastasse isso, ao fim possibilitará a expansão do direito penal, pois será usado como método para robustecer acusações e gerar condenações, de modo que alegar ser “apenas” um elemento extrajudicial é ignorar seu potencial para construir uma condenação e ignorar que a confissão ainda tem força mesmo se produzida fora do inquérito e especialmente quando colhida na presença de um advogado. Socialmente é um gravame, pois os acordos criminais têm um caráter monetário forte e aqueles que economicamente são mais fragilizados serão os que mais têm chances de descumprir os requisitos durante a execução, logo servirá para agravar a situação de acusados hipossuficientes e facilitar a vida de quem é mais abastado.

A presença da confissão do ponto de vista constitucional fere a presunção de inocência, o direito ao silêncio, o contraditório e a ampla defesa. Tanto que, mesmo se considerada indício, tem vício na sua produção, pois não decorre da vontade do investigado de admitir a realização do delito para encarar seus desacertos e arcar com as consequências, mas da necessidade de confessar para não ser processado. A narrativa de que há uma voluntariedade do acusado em realizar o acordo não pode buscar exemplo nas relações cíveis, pois aqui não se negocia valores monetários em um contrato de obrigação de fazer ou não fazer, transaciona-se sobre a liberdade, e a incerteza de perdê-la ou não. É inegável que não há paridade entre a acusação e o investigado ao negociar e o objeto da negociação por si só põe em dúvida a tranquilidade do investigado, que teme o desconhecido futuro do processo, bem como, ficar à mercê de seus dispositivos preventivos.

O uso da confissão obtida como condição formal de um acordo como um indício em desfavor da presunção de inocência objetifica o acusado, pois sua confissão, utilizada para construir consenso, é transformada pelo acusador em elemento probatório, sem que o acusado tivesse admitido o fato com tal intenção. A confissão, nessa hipótese, pode ser considerada ilícita, pois viciada, podendo também originar outras provas ilegais.

Por fim, a incerteza da extensão dos efeitos dessa confissão, que pode muito bem germinar-processos em outras esferas, como a cível ou a administrativa e constituir, no mínimo, indícios em desfavor do acusado logo de início, é um revés a mais que mesmo em acordos

internacionais que versam sobre pena, ou seja, condenação, é colocado como fora de questão. Perigoso também o uso da confissão para prejudicar eventual corréu que não pode ou não quer fazer o acordo, mas já sofre desvantagem antes mesmo de iniciado seu processo, o que de fato se aproximaria da lógica de uma delação premiada o que não deve ser o fim do ANPP.

Portanto, conclui-se que se o objetivo do ANPP é ser um acordo que despenaliza, oferta a oportunidade de um mínimo reparatório à vítima e a sociedade e gera economia de tempo e eficiência para todos e ainda assim garante direitos e prerrogativas, a confissão é elemento disruptivo de sua razão de ser e coloca em xeque toda a credibilidade de seu objetivo, não havendo justificativa para exigí-la e muito menos usá-la, pois estaria ao fim cooperando com a expansão do direito penal ao possibilitar meios para que se produzam provas, em especial contra os mais pobres. Conclui-se que a confissão é procedimentalmente inútil, não prestando para garantir consenso e não bastando para evitar que inocentes realizem o acordo; é inconstitucional pois preconiza a produção probatória ao possibilitar seu uso em descumprimento do acordo em prejuízo ao *nemo tenetur se detegere*, e dignidade da pessoa humana; pela mesma lógica, não pode e não deve produzir efeitos extrapenais ou extensíveis ao processo criminal de partícipes e corréus pois atentaria contra o fim do acordo que deve ser o respeito ao consenso estabelecido entre as partes acordantes, de onde não pode decorrer prejuízo em outra esfera ao réu muito menos prejuízo a terceiros. A satisfação de requisitos objetivos do acordo se presta apenas para a consecução do acordo, nada mais.

Constados estes fatos o ANPP pode atuar como instituto que coopera para um processo acusatório, em especial se restituído o juiz de garantias que originalmente é o seu fiscalizador e tem nas suas funções a cooperação para, no descumprimento do acordo, garantir que o juiz da instrução não seja contaminado pela sua existência que parece ser o mais adequado.

Se o objetivo do ANPP for produzir prova, então deve ser apresentado e inserido em nosso ordenamento expressamente com este objetivo, se aproximando de uma espécie de delação e a partir daí sofrer uma regulamentação que considere este viés, de meio de produzir provas em troca de benefícios.

Por enquanto, nossas cortes superiores parecem aceitar a confissão e seu uso como elemento extrajudicial, mas não houve enfrentamento direto da constitucionalidade do tema. O presente trabalho demonstra que é uma questão que deve ser enfrentada e pacificada. Mas, do ponto de vista de nossa Carta Maior, que é movida pela vontade de um princípio informador acusatório, a confissão é inconstitucional e sua manutenção como requisito dificulta a consecução das finalidades do acordo de não persecução penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Brena Diniz. O acordo de não persecução penal. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Ceará, v. 13. n. 2, 2021, p. 133-152. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/193>.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610631/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Constituição Federal**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jun. 2022.

BRASIL, **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1942, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 06 jun. 2023

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 De Outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro. RJ: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 06 jun. 2023.

BRASIL. **Lei Nº 9.099 de 26 de Setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília. DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm.

BRASIL. **Lei Nº 13.964 de 29 de Dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília. DF: Presidência da República, 2019, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/113964.htm.

BRASIL. **Resolução Nº 181 de 7 de Agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluco-181-1.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 35**. A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial. Sessão Plenária de 16/10/2014. DJe nº 210 de 24/10/2014, p. 1. DOU de 24/10/2014, p.1. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 696**. Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal. Sessão Plenária de 24/09/2003. DJ de 09/10/2003, p. 5; DJ de 10/10/2003, p. 5; DJ de 13/10/2003, p. 5. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2666>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **HC 191464**, AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **HC 191124 AgR**. Relator(a) ALEXANDRE DE MORAES. Primeira Turma, julgado em 08/04/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **HC 99436/RS**, Relator(a): Carmem Lucia, Primeira Turma, Julgado em 26/10/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 545**. Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. Terceira Seção, em 14.10.2015. DJe 19.10.2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/web/revista/eletronica/publicacao/>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **HC 756907/SP**, Relator(a): MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Sexta Turma. Julgado em 13/09/2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **HC n. 471.082/SP**, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/10/2018, DJe de 30/10/2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **AgRg no REsp n. 2.016.905/SP**, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 7/3/2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Tema Repetitivo 1194 – Resp 2001973/RS**, visa Definir se eventual confissão do réu, não utilizada para a formação do convencimento do julgador, nem em primeiro nem em segundo grau, autoriza o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal. Data de afetação:03/05/2023, Terceira Seção. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1194&cod_tema_final=1194.

BRASIL. **Exposição de Motivos da Lei 9099 de 26 de setembro de 1995**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1989. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26-setembro-1995-348608-exposicaodemotivos-149770-pl.html>.

BRASIL. **Exposição de Motivos nº 00014/2019 MJSP**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm. Acesso em: 06 jun 2022.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **A negociação de sentença criminal e os princípios penais relevantes**. Orientador: Paulo Sousa Mendes. 2015. Dissertação (Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) Universidade de Lisboa, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/18064>.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo.; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020403/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 30ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626072/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

CARVALHO, Antônio César Leite de. **Juizados Especiais Criminais: suspensão condicional do processo à luz da Lei 9.099/95**. 2ª ed. – Curitiba: Juruá, 2010.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato. **Questões práticas sobre o acordo de não persecução penal. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça**, 2021. Disponível em: <https://esmp.mpma.mp.br/mod/resource/view.php?id=3492&forceview=1>.

CERVEIRA, Fabiano Justin, Acordo de Não Persecução Penal e a Exigência da Confissão Formal e Circunstanciada. **Anais do 11º Congresso Internacional de Ciências Criminais**. PUCRS. Rio Grande do Sul, 2021. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2020/arquivos/59.pdf>.

DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. A necessidade de confissão como requisito para o acordo de não persecução penal e as repercussões produzidas no processo penal e nas demais esferas do direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, Ano 16, v. 23, n.1, 2022, p. 86-114, 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/58417>.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro; MOTTA, Thiago de Lucena. Injustiça Epistêmica Agencial No Processo Penal e o Problema das Confissões Extrajudiciais Retratadas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v 9, n. 1, 2023, p.129-166. 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbdpp/a/Whgwn38rnVGkmyC6fSR4Kkp/?lang=pt#>.

FRANCO, José Henrique Kaster. O que a justiça consensual italiana tem a ensinar ao Brasil: *patteggiamento* e Projeto Moro. **Revista Judiciária do Paraná**. Curitiba, ano XV, n.19, 2020, p. 209-242. Disponível em: <http://www.xn--associaoportuguesadedireitodoconsumo-48c5m.pt/Revista-Judici%C3%A1ria-do-Paran%C3%A1.pdf#page=210>.

GIACOMOLLI, Nereu. José.; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de Justiça Criminal Negocial: Crítica À Fragilização Da Jurisdição Penal Em Um Cenário De Expansão Dos Espaços De Consenso No Processo Penal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 20, n. 3, 2015, p. 1108–1134,. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/8392>.

GONTIJO, Maria Letícia Nascimento. **O acordo de não persecução penal com instrumento da justiça negocial penal – análise dos mecanismos de controle à vontade do ministério público**. Orientador: Vinicius Gomes de Vasconcellos. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3175>.

GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Marcel Bittencourt Silva. Acordo de não-persecução penal e discricionariedade mitigada na ação penal pública. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Belém, v. 5, n. 2, 2019, p. 99-120. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/6031/pdf>. Acesso em 23 fev. 2023.

GOULART FILHO, Antonio Cezar Quevedo. A confissão no acordo de não persecução penal. **MP e compromisso com a sociedade**. v. 3, Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2021, p. 41-57. Disponível em:

https://site.mppr.mp.br/sites/hotsites/arquivos_restritos/files/migrados/File/Publicacoes/MP-Compromisso_Sociedade-v3.pdf.

GOUVEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no Processo Penal Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [S. l.], v. 4, n. 1, 2016, p. 11–20,. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/65753>.

GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL. **Comissão Especial – GNCCRIM Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019 Lei Anticrime**. 2019. Disponível em: <https://www.cnpg.org.br/documentos-menu.html>.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 20ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book.. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 12 mai. 2023.

LOPES JR., Aury; PACZECK, Vitor. *Plea Bargaining* No Projeto “Anticrime”: Remédio Ou Veneno?. **Duc In Altum – Cadernos de Direito**, Recife, v. 11, n. 23, p. 319-356, 2019. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/1050>.

LOVATTO, Aline Correa.; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des)acordo de não persecução penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 65–84, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/17>. Acesso em: 05 fev. 2023.

KHALED JR. Salah Hassan. **O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?** Civitas - Revista de Ciências Sociais, Porto Alegre. vol. 10, núm. 2, maio-agosto, 2010, pp. 293-308 Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/civitas/article/view/6513>.

MANDARINO, Renan Posella; SANTIN, Valter Foletto. A Atuação do Ministério Público Ante a Expansão da Justiça Penal Negociada no Pacote Anticrime. **Pacote Anticrime: Volume 1**. Curitiba, Escola Superior do MPR, 2020, p. 236-251.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626799/>.

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, 2020, p. 264-293, Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/36>.

MESSIAS, Mauro. **Acordo de Não Persecução Penal: teoria e prática**. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MONTESCHIO, Horácio; TEIXEIRA, Alexandre Haering Gonçalves. A incompatibilidade do acordo de não persecução penal com o sistema processual brasileiro. **Campo Jurídico Revista de Direito Agroambiental e Teoria do Direito**, Barreiras, v.9, p. 01-14, 2021. Disponível em: <http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/706/593>.

NARDELI, Marcela Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargainig* norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 14, nº 1, 2014, p. 331-365. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/936/showToc>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646838/>. Acesso em: 12 mai. 2023.

OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. Os sentidos da confissão no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Piauí**. Piauí, ano 1, ed.1ª ed., jan/jun, 2021. p. 464-481. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2022/02/Os-sentidos-da-confiss%C3%A3o-no-Acordo-de-Na%C3%A7%C3%A3o-Persecuc%C3%A7%C3%A3o-Penal.pdf>

PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. **Justiça penal negociada: uma análise do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva; PARISE, Bruno Girade. Segurança e justiça: o acordo de não persecução penal e sua compatibilidade com o sistema acusatório. **Opinião Jurídica Revista Científica**, v.19, n. 38, p. 115-135, 2020. Disponível em: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/3282/2952>. Acesso em: 2 fev. 2022.

POZZEBON, Fabrício. Dreyer. de Ávila; SILVA, Ana Paula Gonzatti da. Juiz Das Garantias E Acordo De Não Persecução Penal: Uma Relação Em Prol Da Legalidade Da Investigação E Da Tutela Dos Direitos Individuais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, [S. l.], v. 49, n. 153, 2022, p. 187–214. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1143/846>.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Transação Penal**. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROCHA, André Aarão. A (in)constitucionalidade e o valor probatório da confissão como condição obrigatória no âmbito do acordo de não persecução penal. **Revista Vertentes do Direito**, Palmas, v.8, n.2, 2021, p.457-487. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/12443/19494>.

RODRIGUES, Ronald Pinheiro. A Inconstitucionalidade Da Confissão Como Requisito Para O Acordo De Não Persecução Penal: Estudo Sob A Ótica Da Garantia À Não Autoincriminação. **Anais do11º Congresso Internacional de Ciências Criminais**. PUCRS. Rio Grande do Sul, 2021. Disponível em:

<https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2020/comp-list-docs.html>.

SALLES, Danni; SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. Acordo de Não Persecução Penal e os Limites da Renúncia aos Direitos e às Garantias Fundamentais. **Pacote Anticrime: Volume 1**. Curitiba, Escola Superior do MPR, 2020, p 40-55.

SANTOS, Carolina Ferreira Amaral; INÁCIO, Marcus Vinicius Vales. **A Confissão No Acordo De Não Persecução Penal: Uma Análise À Luz Da (In)constitucionalidade**. Repositório Universitário da Ânima, Ânima educação, 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/29010/5/A%20confiss%C3%A3o%20no%20acordo%20de%20n%C3%A3o%20persecu%C3%A7%C3%A3o%20penal%20-%20uma%20an%C3%A1lise%20%C3%A0%20luz%20da%20%28in%29constitucionalidade.pdf>.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Transação Penal**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Luís Felipe Conterato da. Acordo de não persecução penal: análise crítica acerca da (in)constitucionalidade e (des)necessidade da confissão. **Anais do 12º Congresso Internacional de Ciências Criminais**. PUCRS, Rio Grande do Sul, 2021. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2021/comp-list-docs.html>

SILVA, José Carlos Felix da; REIS, Debora Cristyna Ferreira; SILVA, Klinsmann Alison Rodrigues Félix da. Inconstitucionalidade Material da Confissão no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**. Ano 12, Nº 2, Fortaleza, 2020, p. 81-97. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2021/02/ARTIGO-4.pdf> .

SIMÕES, Bruno de Paula. O Acordo De Não Persecução Penal, Sua (In) Constitucionalidade E A Mitigação Das Garantias Fundamentais. **Anais do 11º Congresso Internacional de Ciências Criminais**. PUCRS, Rio Grande do Sul, 2021. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2020/comp-list-docs.html?#>,

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Negócio Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530992835. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992835/>. Acesso em: 18 mai. 2023.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. Orientador: Nereu José Giacomolli. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4971?mode=full>.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPRELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 15, n.15, 2015, p. 435-453. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/1027/showToc>.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Ciudad do México, año XLIX, núm. 147, 2016. p. 13-33. Disponível em:

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863318300899>.

VITAL, Danilo. Juiz deve sempre reduzir a pena quando o réu confessa o crime, decide STJ. *Consultório Jurídico*, 20 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-20/juiz-sempre-reduzir-pena-quando-reu-confessa-crime-stj>. Acesso em: 12 jun. 2023.