

A NECESSÁRIA EXPURGAÇÃO DO REQUISITO DA CONFISSÃO NO CONTEXTO DO INEVITÁVEL E INCONSTITUCIONAL ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E OS RISCOS DE SUA AMPLIAÇÃO EM REFORMAS LEGISLATIVAS FUTURAS.

Renata Prud'homme Doria Vidal¹

RESUMO

O presente artigo irá abordar a temática do acordo de não persecução penal, instituto inovador, importado ao ordenamento brasileiro com o advento da Lei nº. 13.964/19. Com o fito de demonstrar a incompatibilidade do instituto com as normas-princípios constitucionais, sobretudo no pertinente à exigência da confissão como requisito para a propositura dos acordos, pontos de aspectos gerais serão tratados, bem como demonstrados de onde o instituto de justiça negocial fora extraído em análise de Direito Comparado. Ademais, questões sensíveis serão objeto de exame minudenciado, no que diz respeito, sobretudo, aos princípios da presunção de inocência, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e obrigatoriedade da ação penal de natureza pública, todos de matriz constitucional. Desse modo, através do método hipotético-dedutivo e com ampla revisão bibliográfica buscar-se-á demonstrar as expectativas do legislador quanto ao instituto, os aspectos negativos do mesmo, da maneira em que foi legislado e a sua inadequação com o ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL; CONFISSÃO; JUSTIÇA NEGOCIAL; DIREITO COMPARADO; PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA; DEVIDO PROCESSO LEGAL; CONTRADITÓRIO; AMPLA DEFESA; OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL.

ABSTRACT

This article will address the issue of the non-prosecution agreement, an innovative institute, imported into the Brazilian legal system with the advent of Law no. 13,964/19. In order to demonstrate the incompatibility of the institute with the constitutional norms-principles, especially in what concerns the requirement of confession as a requirement for the proposition of agreements, points of general aspects will be dealt with brevity, as well as demonstrated from where the institute of business justice had been extracted in an analysis of Comparative Law. In addition, sensitive issues will be the subject of a detailed examination, with regard, above all, to the principles of the presumption of innocence, due legal process, contradictory, ample defense and mandatory public criminal action, all of a constitutional matrix. In this way, through the hypothetical-deductive method and with an extensive literature review, we will seek to demonstrate the expectations of the legislator regarding the institute, the negative aspects of it, the way it was legislated and its inadequacy with the Brazilian legal system.

KEYWORDS: NON-PROSECUTION AGREEMENT; CONFESSION; BUSINESS JUSTICE; COMPARATIVE LAW; PRESUMPTION OF INNOCENCE; DUE LEGAL PROCESS; CONTRADICTORY; AMPLE DEFENSE; MANDATORY PUBLIC CRIMINAL ACTION.

¹ Pós graduanda em Ciências Criminais pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador em 2020.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº. 13.964 de 2019, amplamente conhecida como “pacote anticrime”, este que se propunha a ser legado nacional do combate ao crime, foi introduzido, no Código de Processo Penal Brasileiro, o artigo 28-A, contendo em seu bojo o instituto jurídico do acordo de não persecução penal, inspirado no *plea bargaining*, próprio de um sistema processual de *commom law*.

O aludido conjunto de normas “anticrime” defendido e enviado ao Congresso Nacional pelo, então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, parecia ter o condão de aperfeiçoar normas de direito penal e processual penal, sobretudo após os resultados da Operação Lava Jato, na qual Vossa Excelência exercia a função de magistrado aos moldes do justiceiro “Zorro”, cuja missão era punir os políticos cruéis e ajudar a sociedade oprimida diante da corrupção pulverizada.

De maneira controversa, o pacote anticrime que inovou o CPP na tentativa de dar efetividade ao sistema acusatório, instituído desde a Constituição Federal de 1988, foi aquele defendido por uma autoridade judiciária que exerceu o seu papel totalmente fora dos limites de um Estado Democrático de Direito, no qual o princípio dispositivo fora elevado ao patamar constitucional. Isto é, as ações “anticrime” em que investigação, acusação e julgamento restaram concentradas em um único sujeito processual impulsionaram a elaboração de um texto de lei aparentemente progressista, ao menos neste talante.

As assimetrias entre as legislações e, inclusive entre os preceitos constitucionais e as ações perpetradas pelos sujeitos processuais, frise-se órgão ministerial e órgão jurisdicional, bem como as contradições existentes no bojo das próprias leis são deformidades por ausência de acurácia técnica ou por decisão legislativa que pretende criar normas penais e processuais penais simbólicas.

Por conseguinte, ainda que o texto legal tenha tentado revestir o código processualista antiquado, de aspectos constitucionais, fato é que a inovação legislativa cometeu alguns equívocos, dentre eles o de ampliar a justiça negocial brasileira com a incorporação do acordo de não persecução penal ao ordenamento pátrio, instrumento incompatível com este, dado o seu caráter inquisitorial e, portanto, inconstitucional.

De certo que é imperioso citar que o precursor do texto originário reformista previa, de maneira ainda mais questionável, o acordo de não persecução penal. Inicialmente, o instituto defendido poderia dar azo à imputação de penas privativas de liberdade, exatamente aos moldes do *commom law* norte-americano e inglês, não obstante o sistema jurídico brasileiro tenha seus próprios contornos e limites que obstam a aplicação de pena privativa de liberdade em larga escala, sem que haja processo e, conseqüentemente, a importação do instituto sem que isto não represente o fim do processo penal nacional, como era o desejo, nas palavras de Aury Lopes Júnior, do *ex-juiz-ex-ministro Sergio Moro*².

O alargamento da justiça negocial é um fenômeno global e, no Brasil, se trata de garantir suposta eficiência à persecução penal, a partir da redução de custos do Estado no exercício do jus puniendi. O implemento do supramencionado acordo que deve ser firmado entre o Ministério Público, na condição de titular da ação penal pública e o investigado ou acusado, tem o principal escopo de reduzir a quantidade de processos penais se prolongando no sistema de justiça, a partir da subsunção a requisitos legais e estabelecimento de condições ou obrigações que devem ser integralmente atendidas.

A ordem jurídica brasileira prevê o princípio da duração razoável do processo como garantia fundamental à manutenção da dignidade dos acusados que, durante a marcha

² LOPES, JR., Aury. A Crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM. Boletim especial justiça penal negocial IBCCRIM. Ano 29. nº. 344. p. 4-6, julho, 2021.

processual ficam expostos socialmente e que, por vezes, possuem restrições impostas ao exercício de suas liberdades individuais. O fato de o sistema de justiça criminal estar sobrecarregado e o sistema prisional já ter sido declarado um estado de coisas inconstitucional, tendo registrado o percentual de 54,9% de superlotação carcerária no ano de 2021 e 31,9% de presos provisórios, segundo levantamento do mesmo período³, é preponderante na adoção de políticas criminais desencarceradoras.

O ponto nevrálgico a respeito do acordo de não persecução penal reside no fato de a proposta flexibilizar normas-princípios no pertinente à obrigatoriedade da ação penal e ao devido processo legal, isto é, cláusula pétrea que garante ao jurisdicionado o acesso a garantias de prestígio constitucional, indisponíveis, sobretudo quando se tem a estipulação de condições que restringem direitos e liberdades.

A mitigação a garantias fulcrais, tais quais a indisponibilidade do contraditório e da ampla defesa e no possível enfraquecimento da presunção da inocência, enquanto dever de tratamento, é medida inconstitucional, uma vez que a confissão é exigência legal para a consecução dos acordos e a legislação é silente quanto à sua natureza jurídica e à sua extensão, tanto na esfera dos efeitos penais, quanto na esfera dos efeitos extrapenais, situação que se agrava, ainda mais, com a suspensão liminar dos artigos alusivos ao juiz das garantias, perpetrada pelo Supremo Tribunal Federal.

A partir de pesquisa explanatória e bibliográfica acerca da temática e, com aplicação da metodologia hipotético-dedutiva, o trabalho científico abordará os aspectos e particularidades do acordo de não persecução penal, com menção sucinta às influências do Direito Comparado e exposição de motivos de a importação do instituto ter sido uma decisão legislativa inapropriada.

Destarte, a pesquisa propor-se-á a demonstrar os fundamentos pelos quais tal instituto jurídico é incompatível com os princípios constitucionais e, outrossim, de que maneira pode violar direitos e garantias fundamentais do investigado e acusado, tendo em vista que, não obstante evite o processo, as condições legais para a obtenção do direito ao acordo, bem como as obrigações impostas, são de natureza penal e cerceiam direitos.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Aspectos Gerais da Norma:

O artigo 28-A, inserido no código processualista pela promulgação da Lei 13.964/19 fixou mais um instituto negocial ao ordenamento jurídico brasileiro, importado de sistemas alienígenas.

O artigo em comento inaugurou a possibilidade de se evitar a deflagração de processos, mediante acordos firmados entre o Ministério Público e o investigado. O instituto é denominado acordo de não persecução penal e possui o condão de desafogar e desonerar o sistema de justiça e o sistema prisional com a adoção de procedimento mais célere e econômico, que dispensa instrução processual, e a imposição de obrigações ou penalidades alternativas, nesta ordem.

Sobre a legitimidade quanto a propositura do acordo, Aury Lopes Júnior defende que a oferta do acordo de não persecução penal é aplicável aos crimes de iniciativa

³ DA SILVA, Camila Rodrigues; GRANDI, Felipe; CAESAR, Gabriela; REIS, Thiago. População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia. Publicado no site do G1, Brasil, 17 mai. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>. Acesso em: 04 mai. 2022.

privada, devendo o Ministério Público suprir a oferta da vítima que e recuse a fazer, na qualidade de *custus legis*⁴, enquanto que Rômulo de Andrade Moreira aduz que o instituto é incompatível com os crimes de ação desta natureza, primeiro porque não há previsão legal neste sentido e segundo que na hipótese de recusa da vítima em propor o acordo não existiria uma solução legal cabível, tendo em vista que o Ministério Público não poderia suprir a vontade da vítima e nem o próprio magistrado à luz do princípio dispositivo e do sistema acusatório⁵.

No que diz respeito às ações de natureza pública, o Ministério Público, consoante letra de lei, poderá oferecer o acordo de não persecução penal, inclusive, por ampla defesa doutrinária, a fatos ocorridos anteriormente à edição da norma, por se tratar de norma processual com efeitos penais que melhoram a condição do réu.

Não obstante seja, de fato cabível a retroatividade da norma para atingir fatos anteriores, não tendo a norma definido contornos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça fixou a tese nº. 185 no sentido de haver limitação temporal ao ato de recebimento da denúncia, utilizando como lastro o princípio da segurança jurídica.⁶

No mesmo sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento da matéria em *habeas corpus* fixou entendimento símile.⁷

Ademais, outra discussão relevante recai sobre o termo “poderá” que consta na letra de lei, havendo opiniões divergentes sobre o acordo de não persecução penal ser um direito subjetivo do investigado que cumprir os requisitos ou ser uma proposta que compete ao julgo do Parquet. Tal debate existe, porque o caput do artigo 28-A do CPP menciona a possibilidade do acordo “desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” que configura uma cláusula aberta, ou seja, sem uma definição objetiva e em fase que não se tem acusação propriamente dita.

Nesse quesito, aduz Rômulo Moreira:

Um segundo requisito exigido pela lei é que o acordo seja “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.” Como se vê, trata-se de uma repetição, *ipsis litteris*, da última parte do que contém o art. 59 do Código Penal que estabelece os parâmetros para a determinação da sanção aplicável em caso de uma condenação (ao lado do art. 68, Código Penal). O que seria mesmo um acordo necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime? Esta é uma matéria extremamente delicada, pois toca a questão das finalidades da pena, razão pela qual é absolutamente imprópria para constar como requisito para um acordo penal, ainda mais em uma fase em que nem sequer houve uma acusação formal contra alguém.⁸

⁴ LOPES JR., Aury; HIGYNA, Josita. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Publicado em Revista Consultor Jurídico, 06 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em 20 mai. 2022.

⁵ MOREIRA, Rômulo de Andrade. O novo acordo de não persecução penal (art. 28-A, CPP). Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/801099518/o-novo-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em 27 abr. 2022.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudências em Teses. Edição nº. 185: Do Pacote Anticrime II. O acordo de não persecução penal – ANPP, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em 03 mai. 2022.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 191.464, 1ª Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. Dje de 12 nov. 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=017955>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁸ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Quando o MP recusa propor o Acordo de não Persecução Penal – A posição do STF. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/1207533782/quando-o-mp-recusa-propor-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-a-posicao-do-stf>. Acesso em: 15 de jun. 2022.

Não obstante seja possível afirmar que correntes divergentes coexistam sobre este ponto, o STJ já se manifestou no sentido de que o acordo de não persecução penal não seria um direito subjetivo do investigado. Com a jurisprudência em tese firmando este entendimento, no teor da mesma existe menção expressa a “quando considerado necessário e suficiente para reprovar e prevenir infrações penais”, reafirmando o que consta, portanto, no próprio artigo de lei⁹.

Retoma-se, com a fixação da jurisprudência em tese, o questionamento em torno do que seria a definição clara de “necessário e suficiente”, tendo em vista ser, inegavelmente, cláusula aberta. Na lógica do sistema acusatório resta ao juiz efetivar o controle da legalidade do acordo entre Ministério Público e investigado ou acusado, de modo que o controle sobre o que o Órgão Acusador considera, caso a caso, necessário e suficiente à repressão e prevenção de delitos seria de ordem subjetiva e deixa margens para que a atuação judicial extrapole os limites da separação de funções.

O parágrafo 14 do artigo 28-A do CPP dispõe que na hipótese de recusa do membro do Parquet responsável pelo caso em oferecer a proposta, a negativa pode ser vergastada pela defesa perante órgão superior do Ministério Público. Ao juiz, diante de um sistema acusatório que preza pela separação de funções, não compete impor ao órgão acusador a obrigatoriedade de propor o acordo e nem obstar a remessa dos autos ao órgão hierarquicamente superior do Ministério Público para a reanálise do caso.

O já mencionado autor, Rômulo Moreira, expôs caso de julgamento de um habeas corpus pela 2ª Turma do STF em que fora reafirmada a automaticidade da remessa de processos, cuja negativa, por membro do Parquet, de oferecimento de proposta de ANPP se deu, ao órgão superior da instituição:

No julgamento do Habeas Corpus nº. 194677, a 2ª. Turma do STF decidiu que o caso de uma venezuelana condenada por tráfico internacional de drogas deve ser remetido à Câmara de Revisão do MPF, para avaliar a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal. No caso julgado, o Juiz de primeira instância aplicou a pena de quatro anos e dez meses de prisão. O Procurador da República recusou propor o acordo e, em seguida, o Juiz não permitiu que o processo fosse remetido ao órgão superior do MPF para reavaliar a questão. Segundo o relator do HC, Ministro Gilmar Mendes, não cabia ao Juiz impedir que o caso seja analisado pela Câmara Recursal do MPF; pelo contrário, esse deveria ser um ato automático, após pedido da defesa.¹⁰

Nessa esteira, fato é que não se tem uma solução para a recusa do Ministério Público, obviamente, após análise recursal no âmbito da própria instituição que mantiver a negativa do oferecimento. A não ser que seja admitido o controle judicial sobre as justificativas que o Ministério Público exarar em sua decisão denegatória, contenda que seria possível evitar, caso o legislador pátrio tivesse optado por critérios mais claros e unicamente objetivos.

Ato contínuo, são pressupostos para que o acordo de não persecução penal possa ser oferecido, o descabimento do arquivamento e ser o crime do qual se trata a investigação desprovido de violência ou grave ameaça, apenado com pena mínima inferior a 04 (quatro) anos.

Além dos pressupostos, a norma processual impõe alguns requisitos, sendo o primeiro deles, a confissão formal e circunstanciada do fato e livre de qualquer tipo de coação.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudências em Teses. Edição nº. 185: Do Pacote Anticrime II. O acordo de não persecução penal - ANPP não constitui direito subjetivo do investigado, assim pode ser proposto pelo Ministério Público conforme as peculiaridades do caso concreto, quando considerado necessário e suficiente para reprovar e prevenir infrações penais.. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em 03 mai. 2022.

¹⁰ MOREIRA, op. cit.

Nas lições de Rômulo Moreira, esta confissão deve ser feita também circunstancialmente, ou seja, devem estar detalhados todos os fatos, de maneira pormenorizada e sem margem para quaisquer dúvidas, atentando-se sempre para que tenha sido feita sem coação de nenhuma natureza, conforme exige o art. 8º., 3, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)¹¹.

É justamente pela necessidade de haver vontade exercida de maneira livre que, a homologação do acordo deve ser realizada pelo magistrado, através de uma audiência, na qual se apurará vícios de legalidade. Nesse talante, destaque-se a importância do juiz das garantias, que está com eficácia suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal¹² e que deveria ter o contato direto com o investigado e sua confissão, sem que a cognição do juiz instrutor e julgador de uma possível ação penal futura, a ser iniciada por descumprimento das obrigações impostas pelo acordo, recaísse nesta fase.

Os requisitos exigidos pela lei devem ser cumulados, de modo que não deve se aplicar a proposta de acordo quando ao delito couber transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, quando o investigado for reincidente ou contra ele existirem elementos probatórios de conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as condutas anteriores, não ter sido o agente beneficiado nos 05 (cinco) anos anteriores por outro acordo, transação penal ou suspensão condicional do processo e, por fim, não ter sido o crime praticado por agressor homem, em contexto de violência doméstica e familiar contra mulher¹³.

No concernente às obrigações que podem ser impostas pelo Ministério Público ao investigado, são elas, reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo, a renúncia voluntária a bens e direitos indicados como instrumentos, produtos ou proveitos do crime, o que, na *opinio juris* de Rômulo Moreira, *aqui, a questão é que há um verdadeiro confisco de bens sem que tenha havido uma sentença penal condenatória definitiva, como exige o art. 91, II, Código Penal*¹⁴, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente a pena mínima cominada ao delito e diminuída de 1/3 a 2/3, pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social ou, ainda, outra condição que o Ministério Público entenda ser compatível com a infração penal em questão e por prazo determinado.

Em vista do exposto, o juiz não deverá homologar acordos com cláusulas draconianas, abusivas ou, ainda, ilegais, de forma que compete a ele averiguar a legalidade do acordo e auferir se a vontade do investigado fora exarada de maneira voluntária e livre de coações.

2.2 Base em Direito comparado e princípios motivadores da mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento pátrio:

O alargamento da justiça consensual no Brasil é decorrente da necessidade de otimização dos recursos públicos por descompressão de um Poder Judiciário sobrecarregado e

¹¹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O novo acordo de não persecução penal (art. 28-A, CPP)**. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/801099518/o-novo-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em 27 abr. 2022, *passim*.

¹² <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>).

¹³ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Quando o MP recusa propor o Acordo de não Persecução Penal – A posição do STF**. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/1207533782/quando-o-mp-recusa-propor-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-a-posicao-do-stf>. Acesso em: 15 de jun. 2022, *passim*.

¹⁴ *Ibidem*.

[Digite aqui]

que, carece, inclusive, de recursos humanos, para garantir a razoável duração dos processos. O acordo de não persecução penal, além de possuir este objetivo, é também uma política criminal desencarceradora, em razão da superlotação prisional e da falta de eficiência dos Tribunais.

Não obstante a Lei 13.964/2019 tenha inovado na ordem jurídica com a importação do instituto do acordo de não persecução penal, insculpido no artigo 28-A do diploma processualista, a justiça negocial já vem, há certo tempo, adquirindo prestígio no cenário nacional, ao alvedrio do legislador brasileiro.

A lei 9.099/95 que dispõe e regula sobre o procedimento respectivo aos Juizados Especiais instituiu a composição civil, a suspensão condicional do processo e a transação penal, como medidas típicas de justiça negocial. Ademais, a lei 12.850/13 também passou a regular o instituto da colaboração premiada e meios de obtenção de provas com vistas ao desmonte de organizações criminosas e crimes transnacionais e que não são outra coisa senão mecanismos de economia processual destinados a garantir o sucesso das persecuções penais. No mesmo sentido, a lei 12.846/13 que regula os acordos de leniência em matéria vinculada ao combate à corrupção.

Fato é que, nem mesmo o acordo de não persecução penal é matéria principiante, tendo em vista que, por resolução nº. 181 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público¹⁵, o órgão já disciplinava a matéria, embora, houvesse acentuada controvérsia acerca da possibilidade de sua aplicabilidade, em virtude da falta de lei, contenda que restou sanada com a previsão legislativa do Pacote Anticrime.

O teor do artigo 18 da resolução nº 181 de 2017 do CNMP é, além do mais, idêntico à previsão legal do artigo 28-A do CPP, tendo sido mantido os mesmos requisitos legais.

São requisitos legais por adução do caput do artigo 28-A, de oferecimento do acordo de não persecução penal, portanto, que o fato apurado não seja ensejador de arquivamento do procedimento investigatório, em razão de ausência de justa causa apta a substanciar denúncia, bem como não ter sido o crime praticado com emprego de violência e grave ameaça e, desde que a pena mínima, abstratamente cominada ao delito em questão não ultrapasse o patamar de 04 (quatro) anos.

Ato contínuo, os parágrafos e incisos do artigo elencam procedimentos e consequências jurídicas, assim como condições, nesta ordem, a serem impostas e integralmente cumpridas pelo sujeito supostamente beneficiado pela proposta de acordo. O rol de condições constantes dos incisos do artigo é meramente exemplificativo, aliás, próprio inciso V do artigo 28-A do CPP deixa exequível que outras condições possam ser impostas no termo de acordo, por escolha do Parquet, desde que se revelem proporcionais e compatíveis com a infração a que se pretende punir.

Frise-se que, o estabelecimento de rol *numerus apertus* sobre condições restritivas em um contexto em que se exige a confissão formal e circunstanciada, isto é, integral e relativa a todas as condutas do agente que se presume delituoso, pode revelar um viés absolutamente arbitrário do instituto quando o órgão acusador e dessarte, parcial, como é o caso do Ministério Público no Brasil, é quem delibera. Dito isso, e dada a relevância da abordagem, o assunto será retratado com maiores minúcias em momento oportuno.

O acordo de não persecução penal, ainda quando era unicamente previsto em resolução do CNMP, já era acolhido e decisões de Tribunais sustentavam a sua harmonia com os ditames modernos de justiça e sob a justificativa da instrumentalidade processual, tais quais, a melhor gestão dos recursos públicos e o princípio da celeridade processual.

Nesse diapasão foi a recomendação do TRF 1ª Região, com a circular COGER – 8721150 de 05 de setembro de 2019, com a seguinte redação:

¹⁵ <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>.

[Digite aqui]

RECOMENDA a todos os juízes criminais da 1ª Região a utilização dos acordos de não persecução penal (ANPPs) como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crime, principalmente no momento presente, em que se faz premente a otimização dos recursos públicos.¹⁶

Ato contínuo, correlato entendimento exarado no mandado de segurança 0804975-89.2019.4.05.0000 em decisão do TRF 5ª Região:

Decisão da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, de forma unânime, deferiu MS concedendo a ordem para assegurar que seja apreciado o ANPP apresentado pelo MPF perante o Juízo impetrado. Na decisão também ficou consignado que a Resolução Nº 181/2017, do CNMP, e o acordo de não persecução penal são harmônicos com os ditames da justiça e da sociedade moderna, com o movimento que visa a descarcerização e, sobretudo, com os princípios da celeridade e da economia processual, constitucionalmente consagrados.¹⁷

O instituto jurídico do acordo de não persecução penal é inspirado no modelo *plea bargaining* utilizado em países de *commom law* e incorporado ao ordenamento brasileiro com alicerce no princípio da oportunidade e da intervenção mínima do sistema penal. Em verdade, a justiça negocial é uma tendência globalizada com vistas à economia processual e, há doutrinador para quem o acordo de não persecução penal, assim como os institutos aplicáveis ao rito dos Juizados Especiais são oriundos de política criminal aclamada pelo movimento de Nova Defesa Social. Nesse sentido:

o acordo de não persecução penal reforça o princípio constitucional implícito de intervenção mínima em matéria penal, ao propiciar o afastamento da pena privativa de liberdade, com sua substituição de condições semelhantes às penas restritivas de direitos. De outro, esse acordo reflete medida de economia processual, com vistas a evitar o oferecimento de denúncia e, conseqüentemente, a instauração de ação penal para infrações cujas penas privativas de liberdade sejam inferiores a quatro anos. Dessa ótica, podemos concluir que o acordo de não persecução penal segue os postulados da Nova Defesa Social, movimento de política criminal, cujo principal fundamento é o de evitar o encarceramento indiscriminado e de reservar a pena privativa de liberdade para situações mais graves e excepcionais. Os reflexos desse movimento foram sentidos no Brasil pelas recentes legislações dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, de 1995, e das Penas Alternativas, de 1998.¹⁸

Conquanto seja imperioso incitar políticas criminais, sobretudo de cunho social, para reduzir a população carcerária e aumentar os índices de eficiência do Poder Judiciário brasileiro, compreender o acordo de não persecução penal como um incontestável benefício processual, em virtude da inaplicabilidade de pena privativa de liberdade e não reincidência, em desconsideração ao papel exercido pelo Ministério Público no Brasil e aos questionáveis procedimentos e exigências legais, assim como, em contempto ao fato de a proposta negocial violar direitos e garantias individuais é, minimamente, uma conclusão precipitada.

Sobre a real necessidade de desenvolvimento de políticas públicas que possam humanizar do sistema prisional e reduzir o sistema criminal como um todo, Juarez Cirino dos Santos aborda, no contexto da despenalização, propostas da reforma penal segundo a

¹⁶ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Acordos de não persecução penal “Investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas”. Revista da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal do Ministério Público Federal. Disponível em: <file:///C:/Users/ACER/Documents/TCC%20ANPP/Revista%20MPF%202%C2%AA%20C%C3%A2mara%20de%20revis%C3%A3o%20criminal.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2022.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ MARQUES, Oswaldo Henrique Duck; DA ROCHA, Silvio Luís Ferreira. Acordo de não persecução penal e suas repercussões no âmbito administrativo. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. n. 95, p. 16 e 17, abr./mai, 2020.

Criminologia Crítica, esta que visualiza o contexto da criminalidade como uma “realidade construída” e não apenas como um dado ontológico. Nos dizeres do citado doutrinador:

o objeto é deslocado da criminalidade, como dado ontológico, para a criminalização, como realidade construída, mostrando o crime como qualidade atribuída a comportamentos ou pessoas pelo sistema de justiça criminal, que constitui a criminalidade por processos seletivos fundados em estereótipos, preconceitos e outras idiosincrasias pessoais, desencadeados por indicadores sociais negativos de marginalização, desemprego, pobreza, moradia em favelas, etc”¹⁹.

De certo que a temática pertinente à crítica da criminologia moderna, mas preocupada com o sistema de justiça do que com o indivíduo transgressor, e que estuda o crime, através do paradigma fenomenológico, em superação à criminologia tradicional, veja, não é o que este artigo se propõe a discorrer e aprofundar. No entanto, é inevitável tal abordagem, tendo em vista que os aparatos institucionais de justiça negocial, com enfoque, o acordo de não persecução penal, possui como um dos escopos o de desafogar o sistema. Ora, diante disso, inegável a relevância de entender os motivos da inflação do sistema penal e, por consequência, do próprio sistema carcerário.

Nesse viés, a repressão seletiva dos indivíduos advindos de camadas sociais menos abastadas, com fulcro em indicadores sociais negativos e que representam a criminalização da indigência proporcionada pelo capitalismo, revelam a função declarada de prevenir a criminalidade e cuja aparência é de fracasso histórico. Ao revés, o sistema punitivo é um aparelho de garantia das desigualdades sociais e reprodução do poder social, sendo função oculta e real a que se dirige o sistema penal²⁰.

As propostas despenalizadoras e humanizadoras do programa de reforma penal da Criminologia crítica trazidos por Juarez Cirino dos Santos são: a) Exclusão do sistema de penas mínimas que violam o princípio da culpabilidade e da individualização da pena que, no momento da aplicação, em razão de circunstâncias judiciais e legais poderiam ser fixadas abaixo do mínimo legal; b) redução do quantum de pena de todos os tipos incriminadores, pois a certeza da punição é mais eficaz do que a quantidade de pena aplicada; c) redefinição dos institutos de extinção da punibilidade e substitutos penais, tais quais, o perdão judicial, a conciliação, a transação penal, a suspensão condicional da pena, a prescrição, através da minoração dos prazos exigidos, inclusive, porque, os sujeitos não podem ser prejudicados pela mora estatal em buscar a punição, institucionalização da prescrição retroativa antecipada por economia processual; d) aceleração das progressões de regime; e) redução da remição penal, igualando um dia de trabalho ao desconto por um dia de pena, dentre outras medidas²¹.

Note-se que, a criminologia crítica traz em sua proposta alguns institutos de justiça negocial, com a defesa inclusive pautada na violação do primado da vítima, que viabilizaria soluções restitutivas ou indenizatórias em lugar de punição²².

Entrementes, as modificações restam direcionadas à efetiva despenalização, sem a intenção de macular ou reduzir os direitos e as garantias individuais. O acordo de não persecução penal, nos moldes em que fora implementado, desconsidera a realidade brasileira, a formação e o papel do Ministério Público que não é órgão imparcial e impõe substitutos penais que, de alguma maneira, limitam liberdades, mediante confissão integral.

A proposta de superação do brocardo *nec delicta maneant impunita* que regula

¹⁹ DOS SANTOS, Juarez Cirino. A Criminologia crítica e a reforma da legislação penal. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/criminologia-cr%C3%ADtica-e-reforma-da-legisla%C3%A7%C3%A3o-penal>. Acesso em 17 jun. 2022.

²⁰ Ibidem., p. 05

²¹ Ibidem., p.08-10

²² Ibidem., p. 08

[Digite aqui]

o princípio da obrigatoriedade da ação penal, na esteira do qual não pode haver crime sem punição²³, não se coaduna de maneira apropriada com o acordo de não persecução penal, principalmente porque não é possível barganhar com a presunção da inocência.

Cláudio do Prado Amaral aduz que:

A possibilidade de redução de pena por confissão de culpa é uma prática que pareceu surgir espontaneamente nos países do common law, especialmente Estados Unidos e Reino Unido. Nos Estados Unidos da América, protótipo da alteração legislativa brasileira quanto à matéria, é medida que se impõe, consoante diversos juristas, posto que não fossem os acordos o sistema penal entraria em colapso. Note-se que a população carcerária do EUA é uma das maiores registradas ao redor do mundo.²⁴

Lênio Luiz Streck assevera que:

se perguntarmos a um professor americano se ele é "contra" o plea bargaining por princípio, dirá que não. Dirá: sem o plea bargaining, o sistema colapsaria, mormente porque no crime a prevalência é o julgamento por júri, oneroso, oral, complexo e lento; e complementarmente: o problema é o exagero do uso do plea bargaining, que chega a 97%²⁵.

Nos Estados Unidos, a Lei Federal que regula os procedimentos criminais exige que a homologação do acordo seja condicionada à comprovação de sua regularidade, atestando que houve voluntariedade na aceitação, não tendo sido firmado com base em ardil. Nesse sentido:

A Suprema Corte, no caso, *Boykin versus Alabama*, já declarou que o tribunal deve comprovar a renúncia do acusado ao seu direito a um processo público, ao direito à prova e ao recurso tenha sido voluntária e que o acusado conhece e compreende o conteúdo dessa renúncia e suas consequências. Ademais, como garantia adicional para impedir conformidades de pessoas inocentes, o tribunal deve comprovar que os fatos que embasam a acusação estão fundamentados (factual basis requirement).²⁶

O modelo brasileiro exige, assim como o modelo norte-americano que, haja efetiva assistência jurídica para que os elementos que validam o acordo sejam valorados da maneira adequada. A voluntariedade em aderir ao acordo de não persecução penal, nos parâmetros norte-americanos precisa ser vontade legítima e livre de amarras, isto é, que o aceite não tenha sido exarado “induzido por ameaças ou promessas irrealizáveis”²⁷. Tal condição é auferida com testes subjetivos e objetivos, por intermédio de avaliação do estado mental do acusado no instante da celebração do acordo, os argumentos utilizados pelo órgão acusador para propor o acordo e quais os indicadores externos envolvidos nas tratativas, elementos estes que foram levados em consideração na sentença do caso *Culombe versus Connecticut*²⁸.

²³ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, op., cit.

²⁴ AMARAL, Claudio do Prado. Justiça penal negociada: origens e sistemas comparados. In: AMARAL, Claudio do Prado (coord). Bases e fundamentos da justiça penal negociada. São Paulo, 2019. p.27. E-book.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. Só um MP isento pode dar azo à barganha penal: embargos deferidos. Publicado na Revista Consultor Jurídico. 17 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-17/senso-incomum-mp-isento-dar-azo-barganha-penal-embargos-deferidos>. Acesso em: 03 mar. 2022.

²⁶ WINTER, Lorena Bachmaier. Justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Plea Bargaining. 1 ed. São Paulo: Editora Tirant, 2019, p. 28

²⁷ Ibidem. p. 28.

²⁸ Ibidem, p. 29.

Note-se que, embora tais elementos sejam relevantes e que apareçam nos precedentes judiciais norte-americanos, na prática jurisdicional dos Estados Unidos, em linhas gerais, os juízes pressupõe que a acusação resta fundamentada e que, em princípio, não é possível inferir que os acordos são celebrados com supressão de vontade dos acusados²⁹.

Uma vez cumpridos os requisitos formais do acordo de não persecução penal, na prática, a Suprema Corte norte-americana admite ampla negociação de termos, de pena e de imputações, desde que haja um mínimo lastro probatório das “imputações adicionais” que possam ser manejadas para coagir o acusado a aceitar a proposta, dentro da técnica do “overcharging”. Aliás, nem mesmo a ameaça de pena de morte é considerado motivo idôneo a deslegitimar a proposta de acordo ou, como denominado no direito alienígena, o “plea agreement” pela via do vício de consentimento da vontade³⁰.

Neste ínterim, as “ameaças” integram a articulação das negociações e não são condições de anulação dos acordos, exceto se lesões físicas ou psíquicas comprovadas forem perpetradas no acusado, retirando a sua possibilidade de escolha³¹.

O conteúdo do artigo 28-A do CPP ignora o fato de o Ministério Público exercer papel de adversário processual no contexto da resposta criminal, muito mais que de fiscal da lei, assim como é peculiar da figura do promotor público nos Estados Unidos. Ademais, ignora igualmente a coerção natural que é o processo penal, com as limitações da liberdade do indivíduo, a exposição social e o medo das punições em cárceres desprovidos de segurança e dignidade à pessoa. Este fator se acentua, ainda mais, quando o acusado é indivíduo desprovido de recursos econômicos.

Outrossim, o controle judicial previsto na norma processual brasileira, como cópia do modelo norte-americano, na prática, não é atento o suficiente a garantir que há livre disposição de vontade do acusado. Como supramencionado, no sistema norte-americano, a análise se revela mais preocupada com o atendimento aos requisitos formais e, a ausência de um controle judiciário categórico, sobretudo em um sistema adversarial em sua integralidade, se mostra um risco à presunção da inocência, dada a imprevisibilidade do júri popular e o sentimento de angústia que decorre desta imprevisão.

No Brasil, sem o juiz das garantias para exercer o papel de fiscal dos acordos firmados tem-se, ainda, o questionamento a respeito da constitucionalidade do instituto, já que o controle judicial pode ferir o sistema acusatório e a separação de funções processuais, assunto de máxima importância que será tratado a seguir.

Destarte, à guisa do escandido, o legislador brasileiro optou por importar um instituto processual do sistema norte-americano, em descon sideração às peculiaridades do processo penal pátrio e sua harmonia com os irrenunciáveis e inalienáveis direitos e garantias individuais, enunciados através dos princípios constitucionais da Constituição Cidadã, bem como em descon sideração ao fato de que o direito brasileiro é produzido em atividade legislativa à guisa da *Lex Mater*, enquanto os Estados Unidos possuem uma Constituição extremamente sintética, com o direito constituído por meio de precedentes em ativismo judicial debruçado em casuística.

2.3 A incompatibilidade do instituto com o ordenamento jurídico brasileiro:

O acordo firmado entre o Ministério Público e o sujeito a quem se imputa a

²⁹ Ibidem, p. 29.

³⁰ Ibidem, p. 29.

³¹ Ibidem, p. 30.

[Digite aqui]

prática delitiva é método processual de importação acrítica que pretende reduzir as taxas brasileiras de penas privativas de liberdade, em uma opção legislativa baseada em política criminal de emergência frente ao abarrotamento de processos das varas criminais do país, a escassez de elemento pessoal e ao inchaço carcerário.

A reforma legislativa responsável por ampliar a justiça consensual com a introdução do acordo de não persecução penal reconhece a propensão contemporânea do reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado com a persecução penal³², isto é, uma propensão da contemporaneidade em facilitar o trabalho da acusação, mediante colaboração do próprio sujeito acusado e de terceiros que possam ser apontados e que porventura estejam implicados na suposta relação delituosa. Nesse sentido, se afasta o imperativo da comprovação integral dos fatos incriminatórios.

A solução encontrada no acordo de não persecução penal é, senão a derrocada do Estado de Direito, no qual a Constituição da República e as leis garantem direitos e garantias individuais, em sua acepção liberal, ao menos importa na fragilização de suas bases teóricas. Como assevera Lênio Streck, *esse tipo de acordo, por aqui, seria a inauguração de um neorealismo jurídico inquisitório: Direito é aquilo que a acusação diz que é. Lei? Constituição? Isso é ultrapassado.*³³

Streck faz menção, sobretudo, ao acordo conforme propalados por Sergio Moro e que, não obstante a reforma tenha imposto limites, com ênfase à impossibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade, o *plea bargaining* nesses moldes não está extirpado dos debates jurídicos nacionais quanto a chance de futura adoção legislativa.³⁴

O sentimento nacional de declaração de guerra à criminalidade pode ser uma grande mola propulsora de alargamento do acordo de não persecução penal para que, futuramente, se aproxime, ainda mais, do modelo *plea bargaining* norte-americano, incluindo a possibilidade de pena privativa de liberdade ser aplicada. Não é difícil imaginar que tal subversão seja admitida no direito brasileiro, uma vez que outros institutos de justiça negocial foram historicamente usados para coagir indivíduos a, por exemplo, realizar acordos de colaboração e delação premiada no bojo da Operação Lava Jato.

Nesse talante, *ipsis litteris*:

Pode ser citada a utilização de prisões cautelares como forma de coação para que se obtenha a colaboração do preso, ocasião em que “respeitados juristas identificam a utilização das prisões preventivas como instrumento de pressão para delação”. 35

A ampliação do *plea bargaining* pode existir nos seus mais diversos formatos no Brasil, dentro dos próximos anos em que há certa pressão e, talvez até certa urgência em garantir celeridade e redução das cargas do sistema punitivista. As discussões sociais e, inclusive, aspectos de política criminal efetiva são deixados de lado e, soluções pouco alinhadas com o sistema acusatório são utilizadas para conter a forte expansão do acúmulo de processos e condenações.

Sobre o instituto e suas características e objetivos:

³² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial e direito de defesa: os acordos no processo penal e seus limites necessários. Publicado no Boletim especial justiça penal negocial IBCCRIM. n. 344. Jul, 2021.

³³ STRECK, Lenio Luiz, op., cit.

³⁴ Ibidem, op., cit.

³⁵ FABRETTI, Humberto Barrionuevo apud SOUZA, André Peixoto; KALACHE, Kauana Vieira da Rosa. Plea bargaining: o perigoso caminho em direção ao alargamento das práticas de negociação penal. Publicado no Boletim especial justiça negocial IBCCRIM. n. 344, jul. 2021.

[Digite aqui]

O *plea bargaining* possui diversos formatos, por permitir várias formas de acordo entre as partes, sendo os mais comuns o *charge bargaining* e o *sentence bargaining*: no primeiro, as partes negociam a acusação feita ao réu, podendo ser reduzida para a imputação de um crime menos grave ou, havendo vários crimes, o prosecutor poderá abrir mão de o acusar dos demais crimes. Já o *sentende bargaining*, é uma negociação da sentença, na qual a acusação concordaria com a recomendação ao magistrado que reduzisse a pena do réu, caso esse confessasse o crime que lhe foi imputado.³⁶

Os espaços de justiça negocial, em se espera do acusado a confissão dos atos praticados ou, ainda, a delação de condutas de terceiros, com o fito de obter material probatório a embasar outras denúncias e acordos revela que o Estado é ineficaz em tratar as causas dos aumentos de criminalidade e de ser eficiente em cumprir com o seu poder-dever de punir. Ao invés de enfrentar as reais causas de problemas sociais complexos, o Estado opta por promover arranjos legislativos e importar institutos inapropriados ao sistema constitucional vigente, com a alegação de ser estar em busca de economia processual e celeridade nos deslinde das demandas, muito embora, haja a necessidade de para tanto, abandonar valores de boa-fé e justiça.

Em posição doutrinária relevante, Aury Lopes Jr., cita o seguinte:

Mas o principal argumento justificacionista da justiça negocial, o ‘entulhamento’, precisa ser visto desde outra perspectiva: banalizamos o Direito Penal como resposta a problemas sociais complexos, priorizando soluções paliativas e sem enfrentar as causas reais. Sem dúvida o enfrentamento da crise do bem jurídico contribuiria para a redução significativa desse argumento eficientista, ainda mais se aliado ao filtro processual de maior exigência de responsabilidade acusatória e principalmente, efetividade do controle de admissibilidade da acusação por parte dos juízes.³⁷

Ainda nessa esteira:

Grave erro é a importação “a la carte” de institutos de sistemas de matriz absolutamente distinta, como o modelo common law norteamericano, desconsiderando sua incompatibilidade com o modelo civil law brasileiro, com os princípios que regem a acusação de iniciativa pública, os limites institucionais do Ministério Público, a indisponibilidade do objeto do processo penal brasileiro, enfim, com nosso desenho jurídico, processual e institucional.³⁸

Nesta concepção, a inserção do acordo de não persecução penal nada aprendeu com a realidade dos juizados especiais criminais, em que as previsões legislativas de sursis e transação penal, não só falharam com a expectativa de desafogar o sistema de justiça criminal, em índices quantitativos e qualitativos, como se revelaram absolutamente cruéis no expansionismo do Direito Penal da bagatela³⁹ isto é, sobre causas de irrisória relevância, inclusive, com violação ao princípio da mínima intervenção.

Ademais, o acordo de não persecução penal, com a estipulação da confissão formal e circunstanciada e a famigerada voluntariedade que supostamente reveste a aceitação do acusado reprime princípios constitucionais magnânimos e intransponíveis, tais quais, o devido processo legal, com todas as suas garantias, o de duração razoável que não se confunde com a sensação de justiça imediatista proporcionada pelo consenso, bem como o exercício

³⁶ CABRERA, Michelle Gironda; RIBEIRO, Bárbara Feijó. Os acordos penais como efeito da retórica do catastrofismo: uma análise a partir do *plea bargaining* estadunidense. Publicado no Boletim especial justiça negocial IBCCRIM. n. 344, jul. 2021.

³⁷ LOPES, JR., Aury. A Crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM. Boletim especial justiça penal negocial IBCCRIM. Ano 29. n°. 344. p. 4-6, julho, 2021.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

amplo da defesa e do contraditório e do direito de ser tratado como inocente até o trânsito em julgado de sentença condenatória transitada em julgado.

Não obstante o documento que materializa o acordo tenha de ser homologado judicialmente, havendo, então, um certo controle de legalidade a ser exercido pelo Poder Judiciário, de certo que, o magistrado não participa das tratativas e não pode assegurar que os meios empregados pelo Parquet sejam coercitivos. O controle exercido é de legalidade estrita, adstrita à presença dos pressupostos formais constantes da norma processual do artigo 28-A que e restarem presentes garantem a homologação. O Ministério Público goza, inclusive, de discricionariedade quanto à imposição de outras obrigações que considerar adequadas ao caso em questão, havendo, unicamente, uma exigência de atenção aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. O alcance judicial só permeia a legalidade do acordo, não sendo alcançável à cognição judicial conhecer do discurso assumido pelo órgão acusador no instante de apresentar os termos ao acusado.

A relação existente entre as partes no Direito Penal não é regida pela paridade de armas, isto é, as posições são desiguais e o Ministério Público não é preponderantemente fiscal da lei quando revestido de órgão acusador.

Nesse ínterim, o órgão ministerial é parcial, por ser parte de uma relação jurídica processual com suas próprias pretensões e cuja condição de parcialidade já fora expressamente reconhecida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em trecho de decisão parafraseado por Lênio Streck no trecho que segue exposto:

Terceiro, e isso é tão importante quanto grave: que tipo de acordo podemos esperar em um país no qual o entendimento recente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região dispõe que o Ministério Público não precisa ser isento? Afinal, diz o TRF-4 que “Não é razoável exigir-se isenção dos Procuradores da República, que promovem a ação penal”.⁴⁰

Embora a terminologia adotada pelo instituto do artigo 28-A seja “acordo” é preciso compreender bem a diferença entre o que seja, de fato, um acordo e o que seja uma proposta de adesão. Em verdade, o acusado é um miserável, o encarcerado é, em sua própria essência um necessitado que goza de solidão⁴¹ que não possui posição favorável a discutir os termos do acordo, este que lhe é imposto, portanto.

Aury Lopes Jr., ao citar Schünemann:

critica o suposto princípio de consenso, frequentemente invocado para legitimar o modelo negocial, taxando de “eufemismo”, por trás do qual se ocultaria uma sujeição do acusado à medida de pena pretendida pelo acusador, enquanto resultado mínimo, de quem é colocado em posição de submisso através de forte pressão por parte da Justiça criminal sobre o acusado. É uma ficção, desde o ponto de vista prático, conclui. Não existe consenso ou voluntariedade, porque não existe igualdade de partes/armas. Existe uma submissão do réu a partir de uma visão de redução de danos (para evitar o “risco” do processo). Existe semelhança com um “contrato de adesão”, onde não há liberdade plena e real igualdade para negociar, apenas de aceitar o que lhe é imposto.⁴²

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual!. Publicado na Revista Consultor Jurídico. 10 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual>. Acesso em: 18 mai. 2022.

⁴¹ CARNELLUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. 3ª Ed. São Paulo. Edijur. 2015. p. 26 e 27.

⁴² SCHUNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: GRECO, Luis (org.). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 240 a 261 apud LOPES JUNIOR, Aury, op., cit.

De resto, outra premissa violada com o acordo é a justificativa histórica para a imposição de pena - e, conforme será tratado no capítulo seguinte, as obrigações a serem assumidas pelo acordo não perdem este caráter por revelarem restrições a direitos -, esta que deve ser oriunda do delito, como uma consequência, uma resposta do Estado frente a conduta de desvio assumida pelo indivíduo ao final do rito processual.

Com o surgimento do acordo de não persecução penal, a pena deixa de ser consequência do delito e passa a ser uma consequência de um acordo, isto é, o abuso da esfera negocial desconecta o fundamento legitimante da pena, pois ela passa a não guardar mais nenhuma relação com os argumentos que justificam sua existência.⁴³

2.4 Desnecessidade da confissão do ponto de vista formal e necessidade da vedação da confissão sob a ótica material, haja vista o seu caráter inquisitório.

Preliminarmente é imperioso ressaltar que a ideia de justiça negocial não é própria dos tempos modernos e que o termo “justiça”, cuja ideia é de retidão, não é muito adequado quando se trata de confessar condutas e delatar sujeitos supostamente envolvidos em práticas delitivas.

No período colonial, por volta de 1692 a 1694, quando da ocupação da América do Norte, em região atual dos Estados Unidos, mais propriamente na região de Salem, as sentenças de pena de morte eram aplicadas a mulheres praticantes do que se denominavam atos de bruxaria. Em que pese a pena fosse, de fato, de natureza capital, as acusadas tinham a possibilidade de confessar os supostos delitos, apontando outras mulheres que porventura estivessem envolvidas com os atos ilegais para que houvesse comutação da pena de morte em pena de prisão.⁴⁴

Nesse sentido, a confissão era meio de prova, a fim de corroborar as acusações e lastrear as prisões arbitrárias da época, em substituição às execuções, bem como funcionava como meio de obtenção de prova, em uma espécie de delação para fundamentar os julgamentos de uma gama de mulheres tidas por bruxas.⁴⁵

Historicamente, a confissão exerceu papel de instrumento capaz de determinar instruções processuais, julgamentos e imposições de penas. A sua condição de rainha de provas é própria dos sistemas processuais inquisitivos, em que o acusado não é tratado como sujeito de direitos, ao revés, como objeto à disposição do processo. Garantias fundamentais e direitos subjetivos, tais quais, a ampla defesa, o contraditório, a presunção da inocência e o devido processo legal constituem balizas indispensáveis ao processo penal acusatório.

Nesse sentido e, com as devidas proporções, a justiça negocial fora implantada no processo penal brasileiro com o acordo de não persecução penal, prevendo a confissão como requisito indispensável à consecução dos acordos e sem que seja possível afirmar o alcance do instituto. Em outros termos, a lei não definiu qual a natureza da confissão no acordo de não persecução penal, se ela é um mero requisito formal, sem valia para futuro oferecimento de denúncia, sem valia para processos em outros ramos jurídicos e, mais ainda, sem valia para lastrear acusação contra terceiros mencionados, ou, se a confissão exerceria o papel de requisito material, como um meio de prova.

Acerca do tema:

Esta disposição pode acabar violando princípios constitucionais como o da presunção de inocência e do devido processo legal. Ora, se não há persecução penal, não há

⁴³ LOPES JUNIOR, Aury, op., cit.

⁴⁴ AMARAL, Claudio do Prado, op., cit. p. 27.

⁴⁵ Ibidem, op., cit. p.27

devido processo legal. Consequentemente, não se pode exigir do agente a prévia assunção da responsabilidade pelo ato ilícito ocorrido.⁴⁶

A confissão que se exige para a realização do acordo de não persecução penal precisa ser formal e circunstancial, isto é, o acusado tem de confessar a prática delitiva em sua integralidade, não sendo admitida a confissão parcial e sem a possibilidade de alegar qualquer causa modificativa ou extintiva do direito de punir.

Primitivamente é preciso definir em que momento a confissão precisa ser feita pelo sujeito, isto é, compreender se o ato voluntário precisa ocorrer no momento das investigações, quando da oitiva do investigado ou, se na ausência de interrogatório durante o procedimento investigatório ou na ausência de confissão perante autoridade policial, estaria o membro do Parquet obrigado a intimar o indivíduo para cientificá-lo do acordo de não persecução penal e seus termos, ofertando-lhe a chance de proceder com a confissão.

Em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, o desembargador Newton Neves manteve a decisão de primeiro grau exarada pela 16ª Câmara Criminal que denegou o recebimento de uma denúncia sobre crime de receptação. O argumento que lastreou a decisão interlocutória do Douto Magistrado foi de que o denunciado preenchia os requisitos legais para a firmação do acordo de não persecução penal e este acabara não sendo proposto pela Promotoria.⁴⁷

Ainda nesse ínterim, nos autos do processo de número 1507691-40.2020.8.26.0050, o Ministério Público manifestou seu descontentamento alegando que, durante as investigações preliminares, o acusado não confessou os fatos a ele imputados pela exordial acusatória.

Em grau de recurso, o desembargador Newton Neves se posicionou sobre a contenda, mantendo a decisão do grau de piso, com base no seguinte:

"Portanto, tratando-se de avença que se aperfeiçoa por intermédio de concessões mútuas, entende-se, por óbvio, que o imputado deva ser previamente indagado quanto ao interesse em firmar o acordo de não persecução penal, após o que fará a pretendida admissão de culpa, ato imprescindível nos termos da lei - até porque não há elementos indicativos nos autos de que ele saiba sobre a existência e implicações de hipotética convenção".⁴⁸

Ainda em suas razões de voto, o desembargador mencionado completou:

"Se este juízo, ao arrepio da novel legislação, recebesse a denúncia, lançaria sobre o investigado o fardo e a estigmatização da persecução penal, em afronta ao espírito despenalizador da lei, que inseriu no âmbito da justiça criminal mais uma ferramenta de solução consensual, absolutamente consentânea à moderna dogmática penal".⁴⁹

Não se equivocou Vossa Excelência em afirmar que, o Ministério Público não pode, ao seu alvedrio, restringir o alcance do conteúdo da norma processual do artigo 28-A do CPP. À medida em que a norma não define o momento da confissão, o órgão ministerial precisa

⁴⁶ BARBOSA, Ana Cássia apud TEIXEIRA, Paola Gabriele; VIDY, Taina Spadoa, MOHR, Renata Sebben; MACHADO, Joana Carvalho; LOUZADA, Ulysses Fonseca. (In)viabilidade do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro. Publicado na Revista da Defensoria Pública RS. Ano 11. 27ª Ed. 27 jan. 2021. p. 16. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/292>. Acesso em: 03 mar. 2022.

⁴⁷ VIAPIANA, Tábata. MP precisa informar acusado sobre termos de acordo de não persecução penal. Publicado na Revista Consultor Jurídico. 25 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-25/mp-informar-acusado-terminos-acordo-nao-persecucao>. Acesso em: 12 dez. 2021.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

notificar o acusado para informar o direito ao acordo, quais os termos e dar-lhe a chance de, querendo, confessar para conseguir a suposta benesse.⁵⁰

Por outro lado, outro ponto do voto do relator chama a atenção, tornando necessário evidenciar a diferença terminológica e os efeitos na prática criminal do que seja um instituto despenalizador, descriminalizador e desencarcerador. Muito embora sejam vocábulos semelhantes, não é possível afirmar que sejam símiles em significado e tal diferenciação é fulcral à medida que se busca demonstrar o prejuízo da confissão como elemento condicionante do acordo e, de que maneira o instituto é inconstitucional, a partir da noção de pena.

Malgrado os incisos do artigo 28-A tenham sido denominados pela norma de “condições ajustada cumulativa e alternativamente”, em verdade, se trata de pena.

Acerca da natureza jurídica das citadas condições:

Em relação à natureza jurídica das *condições* impostas ao investigado, da ótica da dogmática, tais *condições*, apesar de suas semelhanças com as penas restritivas de direitos, previstas no art. 43 do Código Penal, não podem ter natureza de sanção penal, em razão do consagrado princípio da *nulla poena sine iudicio*. Por outro lado, do aspecto criminológico, o *acordo* possui natureza penal, dada a restrição de direitos imposta, pois a prestação de serviços comunitários e a prestação pecuniária possuem caráter penal. Nesse sentido, segundo o pensamento criminológico de Zaffaroni, toda pena reflete um sofrimento ou *restrições de direitos* impostos pelo aparato estatal, desprovidos de função positiva ou reparadora.⁵¹

Tal afirmação fica clara quando se dá enfoque o inciso III do artigo 28-A, este que prevê prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas por “período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços”. Ora, esta condição é equivalente a uma pena restritiva de direitos que, por sua vez, também substitui uma pena privativa de liberdade, fundamento este de substituição que está presente no espírito da norma em questão.

Desta maneira, não é devido afirmar que o acordo de não persecução penal é um instituto movido pelo ideário despenalizador, uma vez que, o artigo de lei prevê penas com aparência de condição. De igual sorte, não é apropriado inferir que o instituto é descriminalizador, antes de tudo por se estar diante de uma norma de caráter processual e, por conseguinte, somente em razão de não gerar reincidência na folha de antecedentes criminais, partindo do pressuposto de que as condutas delitivas alegadamente cometidas não deixam de ser crimes.

O mais apropriado é classificar o acordo de não persecução penal como uma medida de intento desencarceradora com vistas a aplicar outras sanções, a partir do critério principiológico da utilidade, adequação e necessidade de pena. Nesse talante:

Trata-se, em última análise, de medida de desencarceramento e de economia processual, porque objetiva evitar a imposição de pena privativa de liberdade,

⁵⁰ O *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal, ao referir-se à confissão formal, sugere duas interpretações: (I) a confissão ocorreu no momento adequado do procedimento investigatório, perante a autoridade policial, ou (II) o investigado, mesmo tendo permanecido em silêncio ou negado a participação nos fatos, tenha confessado, posteriormente, a prática do delito perante a Promotoria de Justiça, com fundamento no art. 199 do Código de Processo Penal.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; DA ROCHA, Silvio Luis Ferreira. Acordo de não persecução penal e suas Repercussões no Âmbito Administrativo. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. v. 16 n.95. Abr/mai. 2020. p. 9 e 10. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista-magister-de-direito-penal-e-processual-penal/2020-v-16-n-95-abr-maio>. Acesso em: 23 abr. 2022.

⁵¹ *Ibidem*. p. 7.

[Digite aqui]

mediante sua substituição pelo cumprimento de “condições” semelhantes às penas restritivas de direitos, previstas no art. 43 do Código Penal.⁵²

Sendo uma medida a evitar o cárcere e que evita a instrução processual, antecedendo-a, justamente pela economicidade processual, a exigência da confissão sem que haja exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, configura flagrante violação à presunção da inocência que é um dever de tratamento do Estado com o investigado ou acusado, princípio de proteção constitucional que não pode ser mitigado até o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Sobre a confissão e sua relação com o sistema inquisitivo:

A cultura inquisitória aplaude o ressurgimento da confissão como a ‘rainha das provas’, demonstrando o primeiro erro do recém implantado acordo de não persecução penal. Para piorar, a negociação – na sua essência – é obstáculo à instrução, ou seja, na perspectiva utilitarista-eficientista na qual se insere, a negociação deve ser prévia à instrução criminal exatamente para se evitar a parte mais cara e morosa do processo penal. A aceleração por ela exigida faz com que nenhuma prova seja produzida em contraditório judicial, ressuscitando assim mais um ícone da cultura inquisitória: supervalorização da confissão e dos atos de investigação, aqueles realizados no inquérito policial, sem contraditório, com limitação da defesa, da publicidade, ausência da garantia da jurisdição, etc. Isso tudo demonstra, ainda, a falácia do argumento de que a negociação é característica do sistema acusatório.⁵³

Neste seguimento, é factível, ainda, mencionar que também há flagrante violação ao direito expressado no brocardo *nemo tenetur se detegere* que implica dizer “ninguém é obrigado a se descobrir”. Tal direito, não obstante possa ser renunciado pelo imputado, só o pode ser suficiente para condenar perante um juiz de direito e acompanhado de outros elementos de prova que sejam suficientes a elidir a dúvida acerca da inocência.

Tendo em vista que o acordo é celebrado sem a presença do magistrado e que este só procede com a posterior homologação, não é exequível garantir que a confissão fora feita como livre manifestação de vontade. Além disso, ainda é preciso considerar o abuso do poder de acusar e as bases frágeis em que, muitas das vezes, tal poder se apoia, sem a devida oposição do poder judiciário.

Nesse sentido:

Na dimensão processual, existe ainda um imenso e perverso (ab)uso do poder de acusar, com a conivência do poder judicial que não barra, como deveria, uma enxurrada de acusações natimortas, inúteis ou despidas de suficiente justa causa. E, quando se trata de acusação para negociação, além dos evidentes abusos (*overcharging*), existe uma ausência de filtragem processual, na medida em que os juízes simplesmente desconsideram essa análise, basta ver o que ocorre nos juizados especiais criminais.⁵⁴

Ainda no pertinente à confissão:

Nessa órbita, a confissão como requisito à celebração do Acordo, fere o art. 5º, LXIII da CF, que dispõe ‘o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado’.⁵⁵

⁵² Ibidem. p.7.

⁵³ LOPES, JR., Aury. A Crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM. Boletim especial justiça penal negocial IBCCRIM. Ano 29. n°. 344. p. 4-6, julho, 2021.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ BARBOSA, Ana Cássia apud TEIXEIRA, Paola Gabriele; VIDY, Taina Spadoa, MOHR, Renata Sebben; MACHADO, Joana Carvalho; LOUZADA, Ulysses Fonseca. (In)viabilidade do acordo de não persecução penal [Digite aqui]

A disponibilidade do direito ao silêncio, com o escopo de resguardar a liberdade e o estado de inocência, não pode ser presumidamente um ato livre, tendo por base o fato de o Brasil ter, por apuração de 2020, um percentual de 33% de pessoas presas em regime provisório, isto é, sem sentença.⁵⁶ Além disso, também não é possível admitir como razoável a disposição do direito ao silêncio, na medida em que o Brasil possui péssimas condições carcerárias, já tendo sido considerado estado de coisas inconstitucional, bem como um país cuja exposição midiática de casos criminais é abusiva e contraposta ao legítimo espírito da liberdade de expressão.

Note-se que a preocupação mais acentuada não está com a gama de pessoas que possam confessar delitos que efetivamente cometeram. Ao revés, a preocupação consiste em avaliar e quantificar o rol de pessoas que usarão da confissão, em virtude do medo da pena, da morosidade processual e as inseguranças inatas, como meio de evitar prisão preventiva, além do receio da exposição social e nos meios de comunicação.

A ausência de confiança no sistema de justiça como propulsor a aceitar o acordo. Dados apontam que inocentes preferem confessar e terem o “benefício” ao enfrentar a morosidade de um processo e seus prejuízos natos. Sobre a temática:

não são incomuns as situações em que o investigado assume a prática de e delito sem ser ele o autor do fato, tão somente para que não seja processado e sofra com o estigma da persecução penal contra si, além do sofrimento em virtude da insegurança jurídica oriunda do sistema de justiça criminal brasileiro.⁵⁷

Os casos de erro judiciário não garantem certeza a um julgamento imparcial e com desfecho justo, sobretudo quando as provas largamente utilizadas são as testemunhais e de reconhecimento, altamente passíveis de deturpações mnemônicas. O *Innocence Project* Brasil visa, justamente, criar uma estatística brasileira de casos julgados de maneira equivocada, a partir dos estudos de neurociência aplicados nas condenações.

Segundo Dora Cavalcanti, uma das fundadoras do projeto no Brasil:

Como a palavra da testemunha ou da vítima em um reconhecimento de imagem acaba funcionando como fator único para justificar uma condenação ou pelo menos para definir a prisão preventiva, e com toda a carga de presunção de culpa que vem com essa prisão, lá na frente acaba-se redundando em uma injustiça. [Em] uma condenação com base em uma prova que não é confrontada com os demais elementos do processo.⁵⁸

E, acrescenta:

No Brasil, é possível analisar a confissão aplicada como requisito do acordo de não persecução penal, como um equívoco legislativo, à medida que as investigações conduzidas pela polícia judiciária nem sempre são eficazes na coleta adequada de elementos informativos. Logo, a ameaça de processo nem sempre resta devidamente

no ordenamento jurídico brasileiro. Publicado na Revista da Defensoria Pública RS. Ano 11. 27ª Ed. 27 jan. 2021. p. 17. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/292>. Acesso em: 03 mar. 2022.

⁵⁶<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>.

⁵⁷ 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. Ano 16. v. 23, n. 1. jan/abr. 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/58417>. Acesso em: 26 jun. 2022.

⁵⁸ SANTOS, Rafa. Erro judiciário não é questão apenas de estatística, mas também de neurociência. Publicado na Revista Consultor Jurídico em 30 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-30/entrevista-fundadores-innocence-project-brasil>. Acesso em: 22 jun. 2021.

embasada, não à toa que no Paraná um homem ficou quatro anos preso condenado por estupro, em razão de uma investigação falha que se conformou com a palavra da vítima e não executou, de pronto, a perícia no material genético coletado.⁵⁹

Contudo, nos casos em que a prisão preventiva for uma possibilidade concreta, naturalmente o indivíduo tem a tendência de optar pela assunção de culpa, ou seja, a chance de ser posto em cárcere, em ter a sua liberdade ceifada, certamente é uma coação presumida e, assim sendo, não deveria ser considerado que o sujeito manifestou o seu interesse em confessar e celebrar o acordo de maneira livre e voluntária.

Nesse diapasão:

Outro enfoque de suma relevância a ser ponderado diante da obrigatoriedade da confissão, diz respeito à possibilidade de ameaça de prisão preventiva ao investigado ou processado, uma vez que este instituto vem sendo utilizado de forma desmedida no Brasil, muitas vezes escorado em fundamentos de redação genérica e indeterminada⁶⁰.

Em um país em que as prisões já foram consideradas um estado de coisas inconstitucional e, cujas revisões de prisões cautelares – que são mais regra que exceção - não acontecem em prazo razoável, o receio do cárcere é, por si só uma coação.

Outra problemática em torno da confissão e da própria aplicabilidade do acordo de não persecução penal é com relação à suspensão do juiz das garantias pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar do Min. Luiz Fux.

Nesse sentido, sem o juiz das garantias que deveria se debruçar sobre as demandas prévias a instauração do processo em reserva de jurisdição, com inclusão da homologação do acordo de não persecução penal e na hipótese de não cumprimento do mesmo, com o posterior oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, se estará diante de uma violação ao sistema acusatório.

Neste caso, a cognição do juiz que também atua na fase processual estaria maculada por ter tido contato direto com os termos da negociação e com a documentação que contém a confissão formal e integral por parte do imputado.

Em verdade há uma desnecessidade da confissão como requisito subjetivo e, mesmo como elemento meramente formal, reafirmando o equívoco legislativo em ter fixado tal exigência. Ora, a grande questão que não foi definida pela norma é se o acordo descumprido pode ou não ensejar a propositura de ação penal com a confissão aqui exigida sendo um meio de prova.

Se a confissão externada no acordo de não persecução penal, sem instrução penal, puder ser valorada na fase judicial penal e, ainda, em processos de ramos jurídicos distintos e autônomos, então tem-se uma violação ao devido processo legal, já que a confissão que pode ser valorada como prova é aquela realizada em juízo. Aury Lopes ao citar Rogério Sanches discorre que *apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal.*⁶¹

Não obstante seja este o argumento mais adequado às diretrizes constitucionais, uma pesquisa realizada no Estado de São Paulo indicou que, em 35% dos casos de oferecimento do acordo de não persecução penal, o conteúdo da confissão do coautor que celebrou o acordo

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. op., cit.

⁶¹ LOPES JUNIOR, Aury; JOSITA, Higyra. op., cit.

foi considerado no julgamento meritório para a formação da convicção do julgador ao emitir a sentença.⁶²

O fato é que a legislação não definiu contornos definidos sobre os efeitos do acordo de não persecução penal e a confissão, conforme prevista, e como utilizada na justiça paulista, denota um retorno sombrio ao período relativo às Bruxas de Salem em que confissão e delação juntas eram meios probatórios para acusações sem embasamento suficiente.

No cenário que se tem há essencialmente que existir a formação da *opinio delicti* do Ministério Público, devendo antes da confissão, a defesa exigir a divulgação de todos os elementos que embasariam a denúncia, com o objetivo de perceber se, de fato, existe fundamento apto a gerar o recebimento de uma ação penal. E, em reiteração ao que outrora já foi mencionado, a confissão em fase preliminar não pode ser prova e, mesmo em fase processual, deve ser valorada com cautela e em harmonia com outros elementos de provas sólidos a corroborar a responsabilidade penal.

Destarte, ainda com menção ao princípio do devido processo legal, a confissão no bojo do acordo de não persecução penal deve estar vinculada pura e simplesmente a este instituto. Isto é, a confissão não pode ser valorizada como prova nem em processos penais deflagrados pelo descumprimento do acordo, nem em quaisquer outros processos nas demais esferas jurídicas, a gerar, por exemplo, punições administrativas ou de natureza cível, uma vez que o ordenamento veda a obrigatoriedade de declarações autoincriminatórias.⁶³

Por fim, a opção legislativa sobre o requisito da confissão para a consecução de acordos que visam desobstruir o sistema de justiça e o sistema carcerário, garantindo a razoabilidade suficiente em punições de crimes com menor potencial lesivo ou que podem achar solução em punições alternativas, remete à violação da dignidade humana e significa um mero instrumento de humilhação e, nesse sentido, não é demais asseverar que, no sistema acusatório, o investigado ou acusado jamais pode ser reduzido à condição de objeto.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de todas as fontes acessadas e todas as leituras realizadas, este trabalho se propôs a ampliar a discussão em torno do instituto do acordo de não persecução penal e dos riscos da ampliação da justiça negocial no ordenamento jurídico brasileiro, tendo, como ponto de partida, o Estado democrático de direito e a ordem constitucional carregada de princípios, direitos e garantias que não deveriam, ao menos, serem relativizados ou minorados em prol do eficientismo da máquina estatal no exercício do *jus puniendi*.

Este trabalho evidenciou a origem histórica de direito comparado que deu azo à elaboração do acordo de não persecução penal aos moldes brasileiros, restando clarividente que o instituto processualista é uma cópia do *plea bargaining* estadunidense com aplicabilidade reduzida. Não obstante seja assim, na legislação atual, restara debatido também que no projeto de lei em seu nascedouro, a tentativa era de importar a temática de maneira mais alargada, inclusive com a possibilidade de pena privativa de liberdade ser aplicada. O que, felizmente, não fora aprovado. Ao menos não por ora.

Muito embora tenha ficado demonstrado que o sistema de justiça e o próprio sistema carcerário brasileiro seja um estado de coisas inconstitucional e que esteja estrangulado, tanto do ponto de vista econômico-financeiro, quanto do ponto de vista de insuficiência de recursos humanos, foi possível concluir do exame da matéria que a solução ao problema está longe de ser a ampliação da justiça negocial.

⁶² DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. op., cit.

⁶³ Ibidem, op.cit.

[Digite aqui]

O investimento em políticas públicas sociais e educacionais deveria ser o principal vetor do Estado Social, em melhorar a qualidade de vida de seus cidadãos, juntamente com a implementação de melhorias nos demais campos, inclusive o da segurança pública. Assim, seria possível reduzir as taxas de ocorrência de delitos e a própria necessidade de engrandecer o Estado punitivo.

A importação de institutos próprios da *commom law*, e que estão sendo revistos e debatidos até mesmo em seus países de origem, sem que o legislador brasileiro se preocupe com a inaplicabilidade destes no ordenamento pátrio por haver contrariedade com ditames constitucionais e, com o próprio sistema acusatório, que é uma máxima desde a Constituição de 1988, mas que até os dias atuais acha dificuldade em ser efetivamente estabelecido e garantido, enfim, não é a melhor forma de resolver a celeridade, a economia processual e o inchaço do sistema.

Visto isso, ainda foi possível destacar que, em verdade, o acordo de não persecução penal não é um instituto descriminalizador de condutas e nem despenalizador, se restringindo ao escopo de, tão somente evitar o encarceramento, haja vista que as condições de cumprimento do acordo são, evidentemente, de natureza punitiva, cercadoras de direitos, de uma forma e prazo determinados. Deste modo, foi possível vislumbrar o quão inconstitucional foi a decisão legislativa em estipular a confissão como requisito essencial e indispensável para a celebração dos acordos, sobremaneira quando pensamos na dificuldade de implementação do sistema acusatório no processo brasileiro, ante a ausência do juiz das garantias.

O equívoco na eleição do ato de confessar, que traz sérias discussões e dúvidas acerca do alcance do ato para outros processos, em outras searas jurídicas e, até mesmo, no âmbito de um futuro processo penal deflagrado por inobservância de condições do acordo firmado, se trata de trazer à tona um instituto inerente ao sistema inquisitorial, ultrapassado no cenário constitucional.

De resto, sobre a confissão, em verdade, dadas as limitações de ordem democrática, só pode ser considerado um requisito meramente formal, pelo o que não deve ser usada, em nenhuma hipótese, para produzir provas ou para lastrear denúncias futuras, nem contra o sujeito celebrante do acordo, nem para terceiros que possam ser citados na confissão.

Por último, inegável o espaço cativo que a justiça negocial conquistou no mundo, mas a grande preocupação e cautela é quanto a formatos mais alargados que futuramente tais institutos possam assumir, comprometendo a própria existência do processo penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio. **Bases e fundamentos da justiça penal negociada**. Disponível em: <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2019/08/EBook-Laboratorio-.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

LOPES, JR., Aury. **A Crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECCRIM**. Boletim especial justiça penal negocial IBCCRIM. Ano 29. n°. 344. p. 4-6, julho, 2021.

DA SILVA, Camila Rodrigues; GRANDI, Felipe; CAESAR, Gabriela; REIS, Thiago. **População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia**. Publicado no site do G1, Brasil, 17 mai. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>. Acesso em: 04 mai. 2022.

[Digite aqui]

LOPES JR., Aury; HIGYNA, Josita. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal.** Publicado em Revista Consultor Jurídico, 06 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em 20 mai. 2022.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O novo acordo de não persecução penal (art. 28-A, CPP).** Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/801099518/o-novo-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em 27 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudências em Teses. Edição nº. 185: Do Pacote Anticrime II.** O acordo de não persecução penal – ANPP, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em 03 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 191.464, 1ª Turma. Rel Min. Gilmar Mendes.** Dje de 12 nov 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=017955>. Acesso em: 02 jun. 2022.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Quando o MP recusa propor o Acordo de não Persecução Penal – A posição do STF.** Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/1207533782/quando-o-mp-recusa-propor-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-a-posicao-do-stf>. Acesso em: 15 de jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudências em Teses. Edição nº. 185: Do Pacote Anticrime II. O acordo de não persecução penal - ANPP não constitui direito subjetivo do investigado, assim pode ser proposto pelo Ministério Público conforme as peculiaridades do caso concreto, quando considerado necessário e suficiente para reprovar e prevenir infrações penais..** Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em 03 mai. 2022.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Acordos de não persecução penal “Investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas”.** Revista da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal do Ministério Público Federal. Disponível em: <file:///C:/Users/ACER/Documents/TCC%20ANPP/Revista%20MPF%202%C2%AA%20C%C3%A2mara%20de%20revis%C3%A3o%20criminal.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2022.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duck; DA ROCHA, Silvio Luís Ferreira. **Acordo de não persecução penal e suas repercussões no âmbito administrativo.** Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. n. 95, p. 16 e 17, abr./mai, 2020.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. **A Criminologia crítica e a reforma da legislação penal.** Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/criminologia-cr%C3%ADtica-e-reforma-da-legisla%C3%A7%C3%A3o-penal>. Acesso em 17 jun. 2022.

AMARAL, Claudio do Prado. **Justiça penal negociada: origens e sistemas comparados.** In: AMARAL, Claudio do Prado (coord). Bases e fundamentos da justiça penal negociada. São Paulo, 2019. p.27. E-book.

STRECK, Lenio Luiz. **Só um MP isento pode dar azo à barganha penal: embargos deferidos.** Publicado na Revista Consultor Jurídico. 17 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-17/senso-incomum-mp-isento-dar-azo-barganha-penal-embargos-deferidos>. Acesso em: 03 mar. 2022.

WINTER, Lorena Bachmaier. **Justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.** In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*. 1 ed. São Paulo: Editora Tirant, 2019, p. 28.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Justiça criminal negocial e direito de defesa: os acordos no processo penal e seus limites necessários.** Publicado no Boletim especial justiça penal negocial IBCCRIM. n. 344. Jul, 2021.

SOUZA, André Peixoto; KALACHE, Kauana Vieira da Rosa. **Plea bargaining: o perigoso caminho em direção ao alargamento das práticas de negociação penal.** Publicado no Boletim especial justiça negocial IBCCRIM. n. 344, jul. 2021.

CABRERA, Michelle Gironde; RIBEIRO, Bárbara Feijó. **Os acordos penais como efeito da retórica do catastrofismo: uma análise a partir do *plea bargaining* estadunidense.** Publicado no Boletim especial justiça negocial IBCCRIM. n. 344, jul. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual!.** Publicado na Revista Consultor Jurídico. 10 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual>. Acesso em: 18 mai. 2022.

CARNELLUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** 3ª Ed. São Paulo. Edijur. 2015. p. 26 e 27.

SANTOS, Rafa. **Erro judiciário não é questão apenas de estatística, mas também de neurociência.** Publicado na Revista Consultor Jurídico em 30 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-30/entrevista-fundadores-innocence-project-brasil>. Acesso em: 22 jun. 2021.

TEIXEIRA, Paola Gabriele; VIDY, Taina Spadoa, MOHR, Renata Sebben; MACHADO, Joana Carvalho; LOUZADA, Ulysses Fonseca. **(In)viabilidade do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro.** Publicado na Revista da Defensoria Pública RS. Ano 11. 27ª Ed. 27 jan. 2021. p. 16. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/292>. Acesso em: 03 mar. 2022.

VIAPIANA, Tábata. **MP precisa informar acusado sobre termos de acordo de não persecução penal.** Publicado na Revista Consultor Jurídico. 25 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-25/mp-informar-acusado-terminos-acordo-nao-persecucao>. Acesso em: 12 dez. 2021.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; DA ROCHA, Silvio Luis Ferreira. **Acordo de não persecução penal e suas Repercussões no Âmbito Administrativo.** Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. v. 16 n.95. Abr/mai. 2020. p. 9 e 10. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista-magister-de-direito-penal-e-processual-penal/2020-v-16-n-95-abr-maio>. Acesso em: 23 abr. 2022.

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.** Revista Eletrônica. v. 20. n.3. set/dez. 2015. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11346>. Acesso em 09 mai. 2022.

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. Ano 16. v. 23, n. 1. jan/abr. 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/58417>. Acesso em: 26 jun. 2022.