

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**A CONFISSÃO NO ÂMBITO DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO  
PENAL, SOB A ÓTICA DOS ASPECTOS TRAZIDOS PELA LEI DE Nº 13.964/2019**

**LUÍSA BELA CAVALCANTE DOS SANTOS**

**Rio de Janeiro**

**2021**

**LUÍSA BELA CAVALCANTE DOS SANTOS**

**A CONFISSÃO NO ÂMBITO DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO  
PENAL, SOB A ÓTICA DOS ASPECTOS TRAZIDOS PELA LEI DE Nº 13.964/2019**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antonio Santoro**.

**Rio de Janeiro**

**2021**

CIP - Catalogação na Publicação

**LUÍSA BELA CAVALCANTE DOS SANTOS**

**A CONFISSÃO NO ÂMBITO DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO  
PENAL, SOB A ÓTICA DOS ASPECTOS TRAZIDOS PELA LEI DE Nº 13.964/2019**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antonio Santoro**.

Data da Aprovação: \_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_  
Orientador

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

**Rio de Janeiro**

**2021**

## AGRADECIMENTOS

Esta monografia encerra um dos mais importantes ciclos da minha vida e põe fim a minha trajetória na Faculdade Nacional de Direito. É com imensa gratidão que falo dessa Faculdade, lugar que me permitiu viver as melhores memórias, que me fez conhecer tantas pessoas incríveis, que mudou minha visão de mundo e me tornou a mulher que sou hoje.

Gostaria de agradecer, em primeiro lugar, aos meus pais, José Augusto e Cláudia, sem os quais nada disso teria sido possível. Obrigada por me terem dado a vida e a chance de ir em busca de todos os meus sonhos com o apoio incondicional de vocês.

Também gostaria de agradecer aos meus queridos avós, Antônio e Beatriz, e minha avó Leonor, que hoje nos olha do céu, por todos os ensinamentos que me deram, me fazendo enxergar a vida com outros olhos.

Não posso também deixar de agradecer por todos os meus amigos que caminharam comigo ao longo de todos esses anos de Faculdade e que comigo construíram as melhores memórias na rua Moncorvo Filho, número 8.

Gostaria de fazer um agradecimento especial ao meu namorado Rafael, que a Faculdade Nacional de Direito me permitiu encontrar, e que hoje divide essa história e a vida comigo.

Por fim, gostaria de agradecer ao Professor Antonio Santoro, pelas ilustres aulas de direito processual penal no ano de 2020, que me inspiraram a estudar sobre o tema do presente trabalho, e por toda a orientação que tornou possível a confecção desta monografia.

“La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos.”

(Miguel de Cervantes)

## RESUMO

O presente trabalho busca compreender o novo Acordo de Não Persecução Penal, instituto introduzido no Código de Processo Penal brasileiro pela Lei nº 13.964 de 2019, sob o novo artigo 28-A, e as relações que se estabelece com a justiça penal consensual ou negocial. Nele, se investiga se o novo instituto é compatível com o sistema acusatório processual penal e se a sua aplicação no caso concreto observa os direitos e garantias previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Aprofunda o estudo da confissão como requisito exigido para a formalização do Acordo de Não Persecução Penal entre o investigado e o Ministério Público, investigando a sua natureza jurídica, seus aspectos formais e materiais e seus efeitos.

**Palavras-chave:** Acordo de Não Persecução Penal; Justiça Penal Consensual; Processo Penal; Ministério Público; Sistema Acusatório.

## RESUMEN

Este trabajo busca comprender el nuevo Acuerdo de No Persecución Penal, instituto que fue introducido en el Código Procesal Penal brasileño por la Ley nº 13.964 de 2019, bajo el nuevo artículo 28-A, y las relaciones que se establecen con la justicia penal consensual o negocial. En este trabajo, se investiga si el nuevo instituto es compatible con el sistema procesal acusatorio penal y si su aplicación en el caso concreto respeta los derechos y garantías previstos por el ordenamiento jurídico brasileño. Se profundiza en el estudio de la confesión como requisito requerido para la formalización del Acuerdo de No Persecución Penal entre el investigado y el Ministerio Público, investigando su naturaleza jurídica, sus aspectos formales y materiales y sus efectos.

**Palabras Clave:** Acuerdo de No Persecución Penal; Justicia Penal Consensual; Proceso Penal; Ministerio Público; Sistema acusatorio.



**LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ANPP – Acordo de Não Persecução Penal

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

IPL – Inquérito Policial

MP – Ministério Público

PIC – Procedimento Investigatório Criminal

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1. JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E O SISTEMA ACUSATÓRIO.....</b>	<b>14</b>
1.1 O processo penal como o caminho necessário: Princípio da Necessidade ou Obrigatoriedade da Ação Penal.....	14
1.2 A busca pela otimização e a eficiência da Justiça Criminal .....	20
1.3 Partes no Processo Penal .....	28
1.4 A compatibilização com o Sistema Processual Acusatório .....	33
<b>2. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL DO ART. 28-A DO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....</b>	<b>41</b>
2.1 A origem do Acordo de Não Persecução Penal no ordenamento jurídico brasileiro .....	41
2.2 A alteração legislativa trazida pelo Pacote Anticrime: O novo artigo 28-A, do Código de Processo Penal brasileiro .....	44
<b>3. A CONFISSÃO NO ÂMBITO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL .....</b>	<b>52</b>
3.1 Confissão: A rainha das provas?.....	52
3.2 A confissão como requisito do novo ANPP e a voluntariedade do investigado .....	55
3.2 Os limites e efeitos da confissão no ANPP.....	63
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>71</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>77</b>

## INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964, promulgada no dia 24 de dezembro de 2019, que ficou conhecida como “Pacote Anticrime”, trouxe importantes modificações na legislação penal e processual penal brasileira. Dentre elas, inovação que recebeu destaque foi a inserção do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) no nosso ordenamento jurídico, disposto no novo artigo 28-A do Código de Processo Penal brasileiro, o Decreto-Lei de nº 3.689/1941.

O novo dispositivo legal estabelece que, 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 certas condições e requisitos, constantes dos incisos I a V do mesmo artigo.

A inovação legislativa foi recebida pela doutrina e jurisprudência nacionais sob intensos debates. Ao lado de outros institutos já positivados no nosso ordenamento, o Acordo de Não Persecução Penal se insere em um novo modelo paradigmático que vem sendo denominado pela doutrina como Justiça Penal Consensual ou Negociada. Como será visto mais adiante, trata-se de ampliação do espaço de negociação na esfera jurídico-penal, representando verdadeira inversão das lógicas mais tradicionais da disciplina. Por essa razão, são muitas as controvérsias que pairam sobre o tema.

Em primeiro lugar, a doutrina nacional tem discutido a validade e a legitimidade desse novo modelo de Justiça Penal Negociada, inaugurado no nosso ordenamento jurídico por institutos como a Suspensão Condicional do Processo, a Transação Penal, a Colaboração Premiada, dentre outros já existentes. Discute-se a mudança de paradigma do processo penal tradicional com a inserção de tais instrumentos de negociação e colaboração, que, de certa forma, alteram ou substituem o rito processual clássico que até então sustentava a persecução penal.

Em segundo lugar, a discussão alcança o próprio Acordo de Não Persecução Penal, *per si*. A doutrina e a jurisprudência têm questionado o novo instituto, de forma a investigar se o

mesmo seria compatível, ou não, com o ordenamento jurídico nacional e o sistema processual penal acusatório.

Por fim, discute-se, a partir da redação do novo art. 28-A do Código de Processo Penal, o Acordo de Não Persecução Penal e seus elementos normativos formais, tais como as hipóteses de cabimento e as suas condições de implementação, destacando-se aquela que mais tem gerado controvérsias, qual seja, o requisito da confissão da prática de infração penal pelo investigado para a formalização do Acordo.

São essas e outras questões a serem destrinchadas, complexas e de fundamental importância ao sistema processual penal brasileiro, que motivaram a escolha do objeto dessa monografia. São essas as dúvidas que, como explica Júlia Ximenes<sup>1</sup>, motivam o pesquisador na construção científica sobre uma determinada questão da realidade.

Importa ressaltar que o Acordo de Não Persecução Penal já foi introduzido no ordenamento jurídico nacional, gozando, portanto, de presunção relativa de legalidade e constitucionalidade. Isso não significa, entretanto, que não precisamos, enquanto sociedade, investigar e aclarar tal instituto jurídico, afinal, como explicam Jean Dionne e Christian Laville<sup>2</sup>, serve a pesquisa a fins sociais:

Que o pesquisador seja uma pessoa curiosa e cética é evidente, pois, pelo contrário, quem aceita cegamente que as coisas sejam como são não será jamais um bom pesquisador. O pesquisador tem o gosto por conhecer. Não se acomoda diante da ausência de um conhecimento, principalmente quando percebe um problema para cuja objetivação ou resolução a pesquisa poderia contribuir. Sabe desconfiar do saber que lhe é oferecido pronto, especialmente quando imposto. Gosta de questionar o modo como o saber foi construído, os valores que o fundamentam, e de se perguntar se poderia existir outro mais satisfatório. Sobretudo, desconfia das explicações do senso comum, que devido a sua evidência aparente, muitas vezes, são as mais problemáticas. Tende, portanto, a questioná-las, reconsiderá-las, para verificar seu fundamento.

A metodologia adotada para o presente trabalho foi a pesquisa jurídico-criminal qualitativa, por meio de revisão bibliográfica, que tem por objetivo identificar e analisar a extensa gama de artigos, livros e pesquisas que tenham relação direta com o tema e que revelam sobre ele distintas posições doutrinárias.

---

<sup>1</sup> XIMENES, Julia Maurmann. O Processo de Produção Científico-Jurídica: O problema é o problema. In: Grandes temas de pós-graduação, p. 8-23. Organizador Hector Luis C. Vieira – Brasília: IDP, 2015, p. 9.

<sup>2</sup> LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. A Construção do saber – manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas. Tradução Heloísa Monteiro e Francisco Settineri – Porto Alegre: ArtMed; Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p 96.

O presente trabalho será estruturado em três capítulos:

O primeiro capítulo dedicar-se-á à análise dos mecanismos consensuais aplicados ao direito processual penal – a denominada Justiça Penal Negociada – e a investigação acerca da sua compatibilização com o sistema acusatório.

No segundo capítulo, explorado por um viés mais dogmático, serão abordados os aspectos jurídico-normativos do instituto do Acordo de Não Persecução Penal tal como disciplinado no Código de Processo Penal brasileiro – o Decreto-Lei nº 3.689/1941 com as alterações promovidas pelo advento da Lei nº 13.964/2019.

O terceiro e último capítulo tratará de um recorte específico do tema, qual seja, a confissão no âmbito do Acordo de Não Persecução Penal, momento no qual serão analisados os aspectos formais e materiais da confissão, sua obrigatoriedade para a implementação do acordo e as implicações jurídicas e sociais da sua realização.

Dessa forma, a questão que impulsiona a investigação, e cujas respostas serão buscadas neste presente trabalho, relaciona-se diretamente ao Estado Democrático de Direito brasileiro e a um direito penal garantista, investigando o fato de o Acordo de Não Persecução Penal, com o requisito da confissão pelo investigado, sob a ótica dos aspectos trazidos pela Lei nº 13.964/2019, estar, ou não, em consonância com o sistema processual penal acusatório vigente.

## 1. JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E O SISTEMA ACUSATÓRIO

### 1.1 O processo penal como o caminho necessário: Princípio da Necessidade ou Obrigatoriedade da Ação Penal

O direito penal é o braço armado do Estado. Isso significa dizer que é ele quem instrumentaliza o poder coercitivo estatal, fazendo com que os cidadãos se submetam às regras instituídas pelo ordenamento para assegurar a sua própria existência enquanto sociedade organizada.

Ao direito penal cabe a tutela daqueles bens considerados, pela sociedade, como os mais importantes, tais como a vida e a liberdade. Essa é a função do direito penal, que, por esse motivo, é considerado como a *ultima ratio*, ou seja, o último recurso a ser utilizado pelo Estado com o escopo de proteção dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento.

Como afirma Roberto Bittencourt, falar em direito penal é falar em violência<sup>3</sup>. Pode-se compreender tal afirmação, na medida em que se entende que, para que os bens jurídicos, tidos como os mais importantes, sejam protegidos e resguardados, o Estado faz o uso da força através de seus mecanismos repressores legais, afetando os mesmos bens que visam proteger, tal como a liberdade dos indivíduos.

À primeira vista, pode parecer estarmos, mesmo, diante de uma contradição: Para proteger a liberdade, o Estado restringe a liberdade. Essa seria uma conclusão facilmente perceptível ao depararmos-nos com a pena privativa de liberdade que é aplicada àqueles que violaram a vida, a liberdade e/ou o patrimônio alheios, por exemplo.

Ou seja, a fim de que a vida, o patrimônio ou a liberdade das pessoas sejam resguardados, por exemplo, o Poder Estatal atua no sentido de reprimir a liberdade e também o patrimônio daqueles que violaram tais bens jurídicos alheios, empregando, para tal, a força coercitiva mais forte que o Estado possui.

---

<sup>3</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Prevê, o nosso ordenamento jurídico, àqueles submetidos à persecução penal, a aplicação de penas restritivas de direitos, que limitam, por exemplo, o direito constitucionalmente assegurado de ir e vir; a pena privativa de liberdade, que, por óbvio, limita a liberdade do sujeito; além de diversas medidas pecuniárias, tais como a pena de multa, o perdimento de bens, o sequestro ou arresto de bens, dentre outros que impõem severas restrições ao patrimônio desses indivíduos.

Nota-se que as consequências da persecução penal, no que tange à observância dos direitos e garantias fundamentais, assegurados pela Constituição Federal de 1988, são muito graves. Caso sejam mal aplicadas as regras da persecução penal, os resultados obtidos são desastrosos. Basta pensar no caso da condenação de inocentes, que, são por vezes, devido a erros judiciários, submetidos a anos de prisão injustamente ou a estigmas sociais muitas vezes irreparáveis.

E é por esse motivo que o processo, no âmbito penal, não é apenas forma, mas conteúdo.

São as regras do processo penal que vão proteger os cidadãos da força empreendida pelo Estado, que atua por meio de seus agentes detentores da titularidade da persecução penal.

É, portanto, o processo penal e o seu rito formal que garantirão a observância dos direitos constitucionais assegurados ao indivíduo que é submetido a uma pretensão persecutória. O contraditório, a ampla-defesa, a presunção de inocência, enfim, o devido processo legal, garantido pela Constituição de 1988.

Explica o professor Aury Lopes Jr.<sup>4</sup> que no Processo Penal, a forma é garantia e limite de poder, visto que nele exerce-se o poder de punir em detrimento da liberdade, sendo um poder limitado e condicionado, que precisa se legitimar pelo respeito às “regras do jogo”.

É por essa razão, também, que muitos são os autores que criticam a ideia de uma “teoria geral do processo”, a qual enxergaria, em tese, muitas semelhanças entre o processo civil e o processo penal, de forma a comparar institutos e regras processuais de ambas as disciplinas.

---

<sup>4</sup> LOPES JR., Aury. Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal> (Acesso em 26/05/2021).

Aury Lopes Jr., nesse sentido, leciona que:

O Direito Civil só chama o Processo Civil quando houver uma lide, carnelutianamente pensada como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Já no campo penal tudo é diferente. O Direito Penal não é autoexecutável e não tem realidade concreta fora do processo. É castrado. Se alguém for vítima de um crime, a pena não cai direta e imediatamente na cabeça do agressor. O Direito Penal não tem eficácia imediata e precisa, necessariamente, do Processo Penal para se efetivar (...).

E é aqui que encontramos a fundamental diferença que se dá na relação entre Direito Civil e Processo Civil e entre Direito Penal e Processo Penal. No âmbito civil, é possível dizer que a concretização de direitos materiais independe do direito processual, basta se pensar nos direitos reais, por exemplo, que possuem efeitos erga omnes e são imediatamente aplicáveis pelos seus titulares, apenas se pensando em processo caso haja alguma controvérsia em relação a eles.

Já na seara penal, a situação é distinta. Isso, pois há, indubitavelmente, uma relação de interdependência entre o direito material e o direito processual, visto que um depende do outro para a efetiva produção de efeitos no mundo real. Afinal, é através do processo penal que se aplicarão as normas de direito penal material.

Sobre o tema, leciona Aury Lopes Jr.<sup>5</sup> que há uma íntima relação entre delito, pena e processo, de modo que se complementam. É que, para o autor, “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”.

Esse é, sem dúvidas, o paradigma tradicional do sistema processual penal, que há anos vigora nas sociedades ocidentais modernas e que, com exceção a diferenças intrínsecas ao modelo anglo-saxão de persecução criminal, sempre teve o processo penal como o único meio possível e capaz de se chegar a uma pena, aplicada àqueles que transgrediram as normas vigentes e violaram os bens jurídicos tutelados pelos Estados.

E, em tal contexto, três sempre foram os grandes atores dessa relação: O juiz, a acusação e a defesa que, na lógica do sistema acusatório, sempre tiveram muito bem definidas as suas funções, quais sejam, respectivamente, a de julgar, a de acusar e a de defender.

---

<sup>5</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019; p. 36.



Entretanto, a adoção de medidas consensuais e/ou negociais no âmbito da justiça criminal é um fenômeno que tem colocado em xeque esse paradigma clássico do direito penal, visto que traria, na visão de muitos autores, verdadeira mitigação ao princípio da necessidade do processo penal.

Através de novos institutos que perfazem uma estrutura de negociação e consenso, com a inserção da Transação Penal, a Suspensão Condicional do Processo, e, agora, o Acordo de Não Persecução Penal no ordenamento jurídico brasileiro, o que parece se pretender é a construção de acordos entre as partes – acusação e defesa – a fim de que se alcance uma “punição” ao acusado, sem que o processo penal seja, necessariamente, o único caminho a ser percorrido.

Nesse sentido, a incorporação de mecanismos consensuais, que alteram a lógica do atual sistema, converge para uma mudança de paradigma das próprias bases do direito processual penal, subvertendo algumas de suas premissas básicas, como a de que o processo penal seria um caminho necessário para se alcançar a pena<sup>6</sup>.

Sob os termos do novo art. 28-A do Código de Processo Penal, nota-se, claramente, que o Acordo de Não Persecução Penal traz uma “sistemática diferente na lógica dos operadores do direito, em decorrência da possibilidade negocial para o encerramento do processo criminal”<sup>7</sup>.

Portanto, o que temos é uma alternativa ao processo penal clássico, isto é, um outro caminho para que se chegue ao fim de uma pretensão punitiva penal. É o motivo pelo qual parte da doutrina vem compreendendo esse fenômeno como uma mitigação do princípio da obrigatoriedade ou indisponibilidade da ação penal.

Tal princípio, amplamente discutido na doutrina nacional e internacional, pode ser entendido como a obrigatoriedade do oferecimento de denúncia pelo Ministério Público – como titular da ação penal – quando presentes os seus requisitos e, por evidente, não sendo caso de

---

<sup>6</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Op.cit*, p. 35.

<sup>7</sup> SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves Considerações Sobre o Acordo de Não Persecução Penal. *Revista do Instituto de Ciências Penas*, v. 5, p. 215, maio/2020.

arquivamento. É a ideia de que não poderia o órgão ministerial, por conveniência ou oportunidade, dispor da ação penal, escolhendo não a oferecer.

Gabriel Ignacio Anitua<sup>8</sup>, dando ênfase à natureza pública do processo penal, reconhece a existência de tal princípio nos sistemas processuais continentais europeus e latino-americanos, entendendo que:

(...) el objeto del proceso penal no es disponible ni por el acusado ni por el funcionario estatal – que tiene el deber de perseguir todos los delitos y también de esclarecer los hechos –, en atención a la naturaleza pública del interés en juego.

Diferente de outros países, como a Itália, por exemplo, o princípio em questão não se apresenta de forma expressa no nosso ordenamento jurídico, mas seria fruto de uma interpretação sistemática do Código de Processo Penal brasileiro, tomando como base o teor do seu artigo 24, que impõe ao Ministério Público a promoção da ação penal pública<sup>9</sup>.

É como entende Aury Lopes Jr., que sustenta que a existência do princípio da indisponibilidade da ação penal pelo Ministério Público é evidenciada pela proibição da desistência da ação penal (art. 42 do CPP).

No entanto, Aury Lopes Jr. pondera que a incorporação dos institutos de justiça penal negociada pelo ordenamento jurídico nacional vem relativizando esses princípios:

Pensamos que é preciso repensar a ‘obrigatoriedade’ e caminhar para a adoção dos princípios de oportunidade e conveniência. É uma questão de responsabilidade funcional: se o MP é o titular da ação penal pública, deve poder acusar ou não acusar, desde que existam motivos jurídicos que justifiquem o não exercício da ação penal. Também a ampliação dos espaços de consenso (e da justiça negociada) é uma tendência mundial e que precisa ser considerada, enquanto melhor forma de sistematizar e otimizar o funcionamento da justiça criminal<sup>10</sup>.

Com os novos institutos de consenso aplicados à Justiça Penal, o que temos, de fato, é uma alternativa ao processo penal como instrumento para a aplicação das penas. Isto é, a ação penal não seria mais o único caminho possível a ser seguido. No seu lugar, vislumbra-se

---

<sup>8</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 47, 2015.

<sup>9</sup> LANGROIVA PEREIRA, Claudio José; GIRADE PARISE, Bruno. Seguridad y justicia: el acuerdo de no persecución penal y su compatibilidad con el sistema acusatorio. *Opinión Jurídica*, v. 19, n. 38, p. 129, 8 de maio/2020. Disponível em: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/3282> (Acesso em 08/10/2020).

<sup>10</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Op.cit.*, p. 203.

possível a realização de acordos entre a defesa e a acusação, resolvendo-se a questão. É por essa razão que alguns autores passaram a compreender uma relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

No entanto, outros autores, como Rogério Sanches<sup>11</sup>, entendem que o princípio da obrigatoriedade, ou indisponibilidade, pode ser explicado pela vedação à inércia do Ministério Público – como detentor da persecução penal – diante de uma situação fática na qual esteja presente um lastro probatório mínimo. Para essa corrente, o Ministério Público, havendo justa causa, deve agir, o que não necessariamente significa oferecer denúncia contra o investigado.

Sobre a suposta violação ao princípio da obrigatoriedade pelos institutos de justiça penal negociada, com o novo Acordo de Não Persecução Penal, o professor Rogério Sanches explica que:

De fato, a maioria dos manuais ensina que, de acordo com esse princípio [princípio da obrigatoriedade], o Ministério Público, presentes as condições da ação, é obrigado a agir, a ingressar com a ação penal, a não ser em determinados casos expressamente previstos em lei, como na possibilidade de transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 76 da Lei 9.099/95). Para corrente diversa, mais moderna, a obrigatoriedade deve ser revisitada, não podendo ser encarada como uma imposição cega de fazer a mesma coisa sempre e a todo custo, inclusive contra os próprios objetivos que fundamentam o princípio da legalidade<sup>12</sup>.

Na verdade, para essa corrente doutrinária, o princípio da obrigatoriedade impõe um dever de ação ao Ministério Público, que, diante da existência de elementos que demonstrem a prática de conduta típica, ilícita e culpável, deverá propor Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo, Acordo de Não Persecução Penal ou, enfim, oferecer denúncia, a depender do caso concreto. E, por óbvio, se ausentes tais requisitos, deverá, o órgão ministerial, promover o arquivamento.

Como explica Sanches<sup>13</sup>, tem o promotor de Justiça o dever de agir, mas a maneira como irá atuar dependerá “da política criminal eventualmente adotada pela instituição”. Nesse sentido, diz o professor que agir pode ser oferecendo transação penal ao autor de uma infração

---

<sup>11</sup> SOUZA, Renée do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do Acordo de Não Persecução Penal: uma opção legítima de política criminal, 2017; p. 08. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/10/26/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/> (Acesso em 08/10/2020)

<sup>12</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodium, 2020, p. 127.

<sup>13</sup> CUNHA, Rogério Sanches. *Op.cit*, p. 127.

de menor potencial ofensivo, propondo Acordo de Não Persecução Penal ou ajuizando ação penal contra o investigado.

Dessa forma, para os que defendem, portanto, essa posição doutrinária, o Acordo de Não Persecução Penal – ao lado dos demais institutos de Justiça Negociada – não importaria em mitigação do princípio da obrigatoriedade, pois dele já faria parte.

Apesar das distintas posições, fato é que o Acordo de Não Persecução Penal representa caminho alternativo ao processo penal clássico, caracterizando-se como forma alternativa à aplicação do direito penal material àquele que sofre a persecução penal. O instituto faz parte do novo espaço de consenso e negociação aplicada à seara criminal que, sem dúvidas, altera as premissas básicas de todo o sistema, razão pela qual o seu estudo faz-se necessário.

## **1.2 A busca pela otimização e a eficiência da Justiça Criminal**

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituição responsável pelo aperfeiçoamento do Poder Judiciário brasileiro, capacitando-o para as exigências de eficiência, transparência e responsabilidade, vem apresentando, anualmente, o Relatório “Justiça em Números” – uma radiografia completa da Justiça, com informações detalhadas sobre o desempenho dos órgãos que integram o Poder Judiciário, seus gastos e sua estrutura.

O Relatório de 2020 aponta que, aproximadamente, 2.4 milhões de novos processos penais de conhecimento ingressaram no Poder Judiciário brasileiro no ano de 2019, ano-base do relatório. Somados os números da Justiça Estadual com os da Justiça Federal, o número de processos penais pendentes em todo o país alcançam os 7 milhões. A maioria das penas aplicadas em 2019, segundo o relatório, foram privativas de liberdade, em um total de 228,2 mil execuções<sup>14</sup>.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), informativo realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), traz informações que podem ser virtualmente consultadas em tempo real acerca de todas as unidades prisionais brasileiras,

---

<sup>14</sup> JUSTIÇA EM NÚMEROS 2020. Ano-base 2019. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2020; p. 192-197. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> (Acesso em 21/10/2020).

incluindo dados de infraestrutura, recursos humanos, vagas, população prisional, perfil dos presos, entre outros.

Considerando os presos sob a tutela dos Sistemas Penitenciários, o Infopen 2020 aponta que o Brasil possui uma população prisional de 717.322 pessoas privadas de liberdade. Desses, revela o relatório que 685.898 são presos do sexo masculino e 31.424 são presas do sexo feminino. O Infopen 2020 revela, ainda, que os presos por crimes patrimoniais ou relativos a drogas, juntos, representam cerca de 71% do total dos presos<sup>15</sup>.

É nesse cenário, de números exorbitantes do Poder Judiciário e de um sistema carcerário superlotado, no qual são os presos submetidos a condições desumanas e sem as condições mínimas de saúde – o que já levou o Supremo Tribunal Federal a declarar o estado de coisas inconstitucional na ADPF 347, julgada em 08/09/2015 – que se discute a inserção de mecanismos consensuais no âmbito do processo penal brasileiro, como forma de otimização e maximização da eficiência da Justiça Criminal.

O tema é, contudo, bastante controverso. Há aqueles que entendem o modelo consensual penal como medida célere e econômica, proposta como solução viável à resolução de processos e compatível com o sistema processual penal brasileiro. De outra parte, há aqueles que entendem pela incompatibilidade desse modelo com o sistema processual penal acusatório, sob as mais variadas argumentações.

Gabriel Anitua, em uma análise abrangente dos sistemas processuais penais, explica que a sistematização e a otimização do funcionamento da justiça criminal é um dos principais argumentos que fundamentam a adoção de mecanismos negociais e/ou consensuais no âmbito do processo penal. O motivo condutor, ou o *leit motiv*, da adoção de uma justiça penal negociada adviria no sentido, portanto, de buscar a “eficácia” das funções penais<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS – INFOPEN, Junho/2020. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depn/pt-br/sisdepn> (Acesso em 21/10/2020).

<sup>16</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 44, 2015.

É inegável que enfrentamos grave crise no cenário nacional, caracterizada por um sistema processual penal ineficiente e insuficiente, em todos os seus sentidos.

A demora jurisdicional é questão que atinge intensamente o país, dado o alto número de processos e a incapacidade de o sistema de lidar com todos eles, como mostram os números supracitados. No entanto, na tentativa de solucionar a questão, o que se observa é que os operadores do direito, no caso concreto, atuam de forma aquém do desejado, o que ocasiona processos mal conduzidos e mal finalizados.

Com isso, o que se observa é uma má qualidade na justiça penal brasileira, marcada por violações de direitos e garantias previstos pelo nosso ordenamento jurídico, como explicam Claudio José Langroiva Pereira e Bruno Girade Parise:

A justiça penal brasileira enfrenta um colapso. Números espantosos revelam a sobrecarga de trabalho ao qual juízes de todo o país estão submetidos. Como consequência, observamos frequentemente garantias do acusado afastadas e decisões judiciais sem a profundidade desejada, justificadas por um princípio de celeridade e informalidade que, por vezes, superam a própria legalidade que lhes empresta validade<sup>17</sup>.

A sobrecarga do Poder Judiciário, evidenciada pelo alto número de processos em curso, impacta diretamente não só na demora judicial, mas também na qualidade da tutela jurisdicional prestada. Na tentativa de dar-lhes regular andamento e promover a celeridade processual exigida pela Constituição Federal, nota-se que muitos magistrados não logram atingir a profundidade necessária dos fatos, não raro violando garantias fundamentais do acusado.

É a demora jurisdicional e a precária qualidade da tutela obtida, na visão de Gabriel Ignacio Anitua, que têm levado os sistemas jurídicos ocidentais a adotarem mecanismos consensuais de justiça penal em seus ordenamentos, na tentativa de “simplificar” o processo penal e maximizar sua eficiência. Explica o professor que essas medidas foram adotadas pela Espanha, Portugal e países da América Latina nos últimos anos:

(...) han sido adoptados en las últimas décadas, con diversa amplitud y alcance, por diferentes Estados. Así, en España con la reforma de 28 de diciembre de 1988 se impone con el nombre de *conformidade*; en Portugal en el nuevo Código Procesal Penal de 1987, el *consenso*; y en el ámbito latinoamericano, en la década del noventa en Guatemala, Panamá, Costa Rica, Chile, Bolivia, Paraguay, Brasil, El Salvador (...) se adoptaron formas procedimentales en las que se puede arribar a una pena luego del allanamiento

---

<sup>17</sup> LANGROIVA PEREIRA, Claudio José; GIRADE PARISE, Bruno. *Op. cit.*, p. 132.

del imputado a la pretensión del fiscal llamándose en todos estos casos *juicio o procedimiento abreviado*<sup>18</sup>.

Dito de outra forma, seria na tentativa de “desafogar” o Poder Judiciário, que não suporta a elevada quantidade de ações penais, que os Estados vêm adotando medidas no sentido de ampliar o espaço da justiça penal negociada, buscando soluções mais simples e céleres.

É o que explicam Rogério Sanches Cunha e Renee do Ó Souza, quando discorrem sobre a necessidade da adoção de mecanismos da justiça penal negociada. Os professores entendem que a necessidade de tornar os procedimentos mais céleres é o que propulsiona a adoção das medidas consensuais penais e que, ademais, tais medidas trazem maior eficiência à aplicação do direito, visto que estariam inseridas em uma lógica negocial, onde as partes se comprometeriam a cumprir o pactuado, tendo, portanto, uma maior eficácia social.

Explicam Cunha e Souza que:

O crescimento de uma perspectiva pragmática do direito, fincado na busca pelos melhores resultados produtivos e úteis, deu ensejo a multiplicação de instrumentos negociais que, a um só tempo, cumprem expectativas dos indivíduos e agentes políticos-econômicos, porque abreviam o tempo para a solução do conflito, e atendem um prático cálculo de utilidade social. O consenso entre as partes se estabelece em um ambiente de coparticipação racional, mediante vantagens recíprocas que concorrem para uma aceitabilidade no cumprimento da medida mais efetiva, sentimento que eleva o senso de autorresponsabilidade e comprometimento com o acordo, atributos que reforçam a confiança no seu cumprimento integral<sup>19</sup>.

René Ariel Dotti e Gustavo Britta Scandelari, quando analisam a implementação do instituto do Acordo de Não Persecução Penal pelo, à época, projeto de Lei Anticrime, afirmam que o que se buscava com a inovação seria “resolver outro mal crônico: o altíssimo custo público e social com um número excessivo de processos”<sup>20</sup>.

Explicam os autores Dotti e Scandelari que o atual sistema criminal brasileiro obriga à litigiosidade exacerbada em diversas situações que poderiam ser resolvidas de forma mais

---

<sup>18</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. *Op.cit.*, p. 46-48.

<sup>19</sup> SOUZA, Renée do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. 2017. *Op. cit.*

<sup>20</sup> DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro. Boletim IBCCRIM, nº 317, Ed. Especial, Abril 2019. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/6312-Acordos-de-nao-persecucao-e-de-aplicacao-imediata-de-pena-o-plea-bargain-brasileiro](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6312-Acordos-de-nao-persecucao-e-de-aplicacao-imediata-de-pena-o-plea-bargain-brasileiro) (Acesso em 18/04/2021).

célere e satisfatória às partes. Trata-se, por óbvio, da busca pela eficiência e otimização da Justiça Criminal.

Tratando do novo Acordo de Não Persecução Penal, do art. 28-A do CPP, os autores Ali Mazloum e Amir Mazloum ressaltam que o instituto representa verdadeira transformação do panorama penal vigente, tendo como objetivo aprimorar o modelo consensual de Justiça Criminal brasileiro. Afirmam que:

Paradigmas deverão ser superados e uma nova cultura jurídica há de ser criada. A iniciativa de advogados criminalistas terá um peso especial para essas mudanças que se anunciam. Nesta nova quadra do Direito Criminal brasileiro, privilegia-se, sem dúvida, a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal<sup>21</sup>.

É evidente a completa incapacidade do sistema processual penal brasileiro de atender às demandas persecutórias que lhe são impostas. No entanto, como já pontuado, há que se ter em vista que, na esfera penal, processo não é forma, mas conteúdo.

É o processo penal, com todas as suas formalidades tradicionalmente previstas, que vai assegurar o respeito às garantias fundamentais daqueles contra os quais está sendo empreendida a força do Estado. E, de outro lado, se pensarmos nas funções sociais do direito penal, é necessário que se garanta a justa punição a quem deve sofrê-la, de nada servindo à sociedade um processo penal “simplificado” que não encontre o verdadeiro culpado, por exemplo.

Essas são as razões pelas quais deve-se ter muita cautela no momento em que se pretendem alterar as premissas mais básicas do sistema processual penal, sob a justificativa de argumentações eficientistas e pragmáticas, que visam a uma economia processual e a um “desafogamento” do Judiciário. É necessário que se investigue exatamente quais serão os efeitos e consequências dessas alterações, tendo em vista, sempre, a preservação dos direitos fundamentais garantidos no nosso ordenamento jurídico.

O jurista italiano Luigi Ferrajoli, um dos principais teóricos do Garantismo Penal, aborda criticamente o tema da busca pela maximização da eficiência do sistema processual penal, já

---

<sup>21</sup> MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-acoescurso> (Acesso em: 31/08/2021).



quando tratava a questão da crise de legitimidade que atinge os sistemas penais, a respeito de seus fundamentos filosóficos, políticos e jurídicos, explicando que:

La crisis, por otra parte, afecta desde hace tiempo a los mismos fundamentos clásicos del derecho penal, ya que porque son inadecuados o, lo que es peor, porque no pueden ser satisfechos, porque ya han sido olvidados y aplastados por orientaciones eficientistas y pragmáticas<sup>22</sup>.

Gabriel Anitua<sup>23</sup>, também analisando criticamente a empreitada “desprocessualizadora” no processo penal, explica que o problema central – e que segundo o autor não será resolvido com a inserção de mecanismos consensuais à justiça penal – é que nenhum sistema judicial tem capacidade para processar todos os delitos.

Explica o professor Anitua que os sistemas judiciais modernos atendem ao que é denominado de “direito penal máximo”, pois criminalizam um grande número de condutas, ou seja, apresentam elevado número de condutas humanas tipificadas como crimes, e, ao mesmo tempo, não possuem, os sistemas, capacidade de processar todas elas. Isso geraria, segundo o professor, a ineficiência e insuficiência dos sistemas processuais penais.

De fato, as soluções propostas no sentido de resolver o problema da sobrecarga do Poder Judiciário através da “simplificação” dos processos talvez não destinem a devida atenção ao problema central, de onde se originam todas as questões aqui explicitadas, qual seja, a notória incapacidade de o sistema criminal processar todas as condutas incriminadas.

No cenário brasileiro atual, de um Judiciário sobrecarregado e um sistema penitenciário absolutamente insuficiente e ineficiente, é compreensível que os anseios e desejos sociais sejam no sentido de resolver o mais rápido possível a questão da segurança pública, que aflige tanto esse país.

No entanto, há que se ter em mente que são muitos os interesses e direitos envolvidos nesse processo. As medidas desprocessualizadoras, em um primeiro momento, podem dar uma falsa sensação de que as questões estariam, de fato, sendo resolvidas mais rapidamente. E, como já pontuado, de pouco adianta a inserção de medidas consensuais que agilizem a persecução

---

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997; p. 21.

<sup>23</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. *Op.cit.*, p. 48.

penal sem que tragam verdadeira segurança jurídica tanto àqueles submetidos ao sistema processual penal, bem como à sociedade, que espera a devida atuação dos atores estatais, no sentido de perseguir e penalizar aqueles que efetivamente violaram os bens jurídicos mais importantes protegidos pelo nosso ordenamento.

É nesse sentido que, para Gabriel Anitua, soluções parciais que não visam sanar a origem do problema não o solucionarão e, ainda, colocarão em risco as garantias do devido processo legal, visto que não seguem as formalidades do rito judicial, mas sim utilizando a “obscuridad y la coacción en el proceso de imposición de penas”<sup>24</sup>.

Luigi Ferrajoli, sobre o tema, defende que a solução ao problema da sobrecarga do Judiciário e superlotação do cárcere seria a redução de penas e delitos, com a consequente simplificação do sistema processual penal – quando, por isso, os acordos ou medidas consensuais penais perderiam sua razão de existir.

Na defesa de um “direito penal mínimo”, Ferrajoli propõe a despenalização de todos os delitos que admitem a substituição da pena privativa de liberdade, na tentativa de recuperar e colocar, de fato, em prática, a ideia de que o direito penal deveria ser a *ultima ratio* empreendida pelo Estado.

Explica o jurista italiano que a defesa de um “direito penal mínimo”, nos termos acima explicitados, seria um dos principais objetivos de uma política criminal garantista. Nesse sentido, já que a sociedade não quer reduzir o número de condutas criminalizadas, na visão de Ferrajoli, os acordos penais seriam uma tentativa de se obter a redução do número de processos e de pessoas encarceradas:

Una reducción como ésta de las penas y la consiguiente simplificación en sentido acusatorio del proceso penal representan hoy, en mi opinión, los objetivos primeros de una política garantista del derecho penal. Quizá este largo rodeo a través de pactos y medidas alternativas haya sido el costo necesario a pagar para llegar a esos resultados<sup>25</sup>.

No entanto, para que tais mudanças propostas por Ferrajoli, por exemplo, fossem operadas no sistema processual penal brasileiro, seria necessária a sua reestruturação por

---

<sup>24</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. *Op.cit*, p. 48.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op.cit*, p. 751.

completo, o que, de fato, não seria célere, e nem parece, na atual conjuntura, ser viável, dada a inegável pressão social pelo uso do direito penal como solucionador de problemas sociais.

É por esse motivo que grande parte da doutrina e jurisprudência nacionais tem defendido a adoção das medidas negociais no âmbito penal, que, efetivamente, vem sendo implementadas no nosso ordenamento jurídico, a exemplo do Acordo de Não Persecução Penal.

Importa ressaltar que o instituto jurídico apareceu pela primeira vez em instrumento normativo, no cenário nacional, na Resolução de nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). No seu artigo 18, é prevista a possibilidade da propositura do Acordo de Não Persecução Penal pelo Ministério Público nos casos e sob a circunstâncias descritas no próprio dispositivo, que, a despeito de pequenas divergências, se mostram muito similares àquelas positivadas no novo art. 28-A do Código de Processo Penal brasileiro, como será aprofundado mais adiante.

No entanto, neste momento, importa trazer à tona as considerações e justificativas apresentadas pelo CNMP na edição da Resolução 181/2017, que evidenciam a busca pela otimização e eficiência do direito penal. Dispõe o Conselho Nacional do Ministério Público que a aprovou a Resolução em questão considerando-se:

(...) a necessidade de permanente aprimoramento das investigações criminais levadas a cabo pelo Ministério Público, especialmente na necessidade de modernização das investigações com o escopo de agilização, efetividade e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e das prerrogativas dos advogados (...) a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos (...) 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<sup>26</sup>.

Portanto, vê-se que a busca pela celeridade e otimização no processo penal são os objetivos que fundamentam a adoção das medidas “desprocessualizadoras” inseridas no espaço da negociação e consensualidade penais. Visa-se à diminuição do consumo de tempo e recursos – financeiros e humanos – na consecução das pretensões investigatórias e persecutórias, de

---

<sup>26</sup> Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, p. 02.

forma a simplificar o processo por meio de acordos realizados entre as partes – a defesa e a acusação.

### **1.3 Partes no Processo Penal**

Quando se pensa em um acordo de vontades, elemento fundamental a ser observado é a presença de partes distintas que, cada qual com o seu interesse pessoal, discutem e convergem para a pactuação de um fim ou objetivo comum.

No processo civil, indubitavelmente, vislumbra-se a existência de partes opostas, que em determinada lide, defendem suas respectivas pretensões, sob o manto de uma pretensa igualdade. É evidente que na prática podem ser observadas inúmeras desigualdades entre elas, sejam econômicas, técnicas, científicas, dentre outras. Porém, todos os esforços dos diplomas normativos que hoje regem as disciplinas do direito civil são no sentido de garantir a paridade de armas entre as partes e promover, entre elas, uma efetiva igualdade, a exemplo das disposições do Código de Processo Civil de 2015, do Código do Consumidor, do Estatuto do Idoso, dentre outros.

No entanto, no processo penal, a ideia de um processo entre partes, em posição de igualdade, não é tão simples, nem tão pacífica. Isso, pois a lógica do processo no âmbito criminal envolve atores que, naturalmente, não estão e nem poderão estar na mesma posição “hierárquica”, já que o indivíduo que é submetido a uma pretensão persecutória possui força ínfima quando comparado ao Estado, que detém tal pretensão.

Nesse sentido, discute-se na doutrina penal nacional e internacional, a pretensa igualdade entre as partes – defesa e acusação – no âmbito do processo penal.

E tal discussão adquire relevância quando pensamos nos acordos ou negociações no âmbito penal, os quais, para existirem e serem válidos, juridicamente, prescindem da existência de partes capazes de exprimir, voluntariamente, suas vontades.

Na teoria clássica do direito civil, sabe-se que para que seja reconhecida a existência de um negócio jurídico, é necessário que haja um agente, sua vontade, um objeto e o elemento

formal. Sendo um negócio jurídico bilateral, como um acordo ou contrato, são necessários pelo menos dois agentes para a sua formação.

Quando pensamos no plano da validade dos negócios jurídicos, temos que os elementos necessários seriam a presença de um objeto lícito, possível, determinado ou determinável, uma forma prescrita ou não defesa em lei, agentes capazes e – o que aqui mais nos interessa – que a vontade desses agentes seja livre, consciente e voluntária. Ou seja, para que um acordo seja juridicamente válido, as partes precisam efetivamente escolher, o que não é possível em uma situação de latente desigualdade, por exemplo.

É por essa razão que à doutrina penal interessa investigar se há, ou não, uma igualdade entre a acusação e a defesa, visto que a existência efetiva de voluntariedade por parte do investigado/acusado é elemento essencial para a consecução dos acordos na seara criminal, a exemplo do Acordo de Não Persecução Penal, objeto desta monografia.

Para Luigi Ferrajoli<sup>27</sup>, a ideia do “processo entre partes” no processo penal, que justificaria a possibilidade de realização de acordos penais, é imprópria e distorcida. Sustenta ao autor que a negociação promovida entre acusação e defesa é exatamente o contrário do juízo contraditório, característica fundamental do método acusatório, e, nesse sentido, as práticas consensuais no processo penal seriam, na verdade, práticas persuasivas em desfavor do acusado, permitidas pela desigualdade entre as partes.

É isso, que na visão do autor, aproximaria tais acordos ao sistema inquisitório, na medida que afastaria o acusado ou réu do efetivo contraditório. Explica Ferrajoli que:

El contradictorio, de hecho, consiste en la confrontación pública y antagónica, en condiciones de igualdad entre las partes. Y ningún juicio contradictorio existe entre partes que, más que contender, pactan entre sí condiciones de desigualdade.

É também como entende Gabriel Ignacio Anitua, que sustenta que não há efetiva igualdade entre as partes no processo penal, dada à própria natureza da persecução penal, que fica a encargo do Estado.

---

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op.cit*, p. 748.

Assim, para o professor Anitua, pensar em igualdade entre partes seria uma lógica que se pretende no direito civil – embora também muitas vezes não alcançada dada a desigualdade material inerente às sociedades capitalistas – não sendo possível na seara penal. Para o autor:

El Estado nunca puede ser una ‘parte’ situado en el mismo plano de igualdad que su contendiente. (...) La desigualdad está dada por ser el Estado quien acusa<sup>28</sup>.

Falar sobre uma vontade livre, consciente e voluntária de um sujeito que sofre o que o Estado tem de mais coercitivo para oferecer, definitivamente, não parece ser tão simples. O acusado, sem dúvidas, tem, sobre si, toda a força estatal que, por força de lei, é capaz de lhe tirar a liberdade, o patrimônio, dentre outros.

É nesse sentido que discutem os autores Claudio José Langroiva Pereira e Bruno Girade Parise, que analisam, de forma crítica, os acordos penais:

Fixada a base da frágil posição negocial do acusado, está é ainda mais acentuada no sistema jurídico brasileiro, diante de um pensamento alinhado à flexibilização de garantias processuais penais por parte do próprio Poder Judiciário ao enfrentar a matéria. O acordo advindo da negociação penal se torna uma espécie de “única saída” para o réu, sujeito a um tipo de “coação moral irresistível” (...) <sup>29</sup>.

Por tais razões, supor que o sujeito sobre o qual recai a pretensão persecutória se comporte de maneira absolutamente voluntária na confecção de um Acordo, diante de todo o medo e terror que lhe são impostos, não é, de fato, tarefa simples.

Essa é a preocupação externada por Luigi Ferrajoli que, quando trata dos mecanismos consensuais aplicados à justiça penal, ressalta que tais práticas podem gerar grande prejuízo aos acusados ou réus em função da grande pressão psicológica que sofrem diante das consequências que lhes podem advir caso não aceitem um possível acordo com a acusação.

Explica Ferrajoli que:

(...) esta práctica puede generar perjuicios aún mayores (...), presentándose a actuar como instrumento de presión de autoacusaciones falsas, favoreciendo testimonios calumniosos por conveniencia, permitiendo obstruccionismos o prevaricaciones sobre la defensa, generando disparidade de tratamiento e inseguridad jurídica, rebajando, finalmente, el nivel, ya bajo, de la cultura judicial en materia de prueba<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. *Op.cit.*, p. 46.

<sup>29</sup> LANGROIVA PEREIRA, Claudio José; GIRADE PARISE, Bruno. *Op. cit.*, p. 123.

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op.cit.*, p. 748

A questão fica ainda mais complexa ao se pensar nos indivíduos presos em flagrante, por exemplo, aos quais se oferecem Acordos de negociação penal. Ora, evidente que a formalização de um Acordo que o retire da privação de liberdade será, a todo custo, desejada por quem estiver preso. Daí a grande dificuldade de se visualizar, na sua plenitude, a voluntariedade do acusado.

São essas as razões pelas quais, como já dito anteriormente, não é possível aplicar as categorias clássicas do direito civil, no âmbito do direito penal, pretendendo-se chegar ao mesmo resultado, na ilusão de uma “teoria geral do direito”. E assim o é, como visto, pela própria natureza da relação construída entre os atores do processo penal, incompatível com os conceitos aplicados às relações civis existentes entre indivíduos particulares.

Logo, deve-se aqui buscar outro fundamento que garanta a validade de negócios jurídicos formulados no âmbito criminal, compreendendo-se partes, no processo penal, de outra forma que não aquela compreendida no processo civil.

Aury Lopes Jr., sobre o tema, explica que para falar em um processo penal entre partes, é necessário que sejam considerados os limites e as categorias próprias da disciplina. O professor explica que o objetivo principal no estudo do processo penal, no âmbito da Justiça Negociada, é reforçar a posição da “parte passiva” com a estrita observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, de forma a fortalecer o sistema acusatório.

Nesse sentido, explica Aury Lopes Jr. que:

Em última análise, significa o abandono completo da concepção do acusado como um objeto, considerando-se agora no seu devido lugar: como parte no processo penal. Tanto mais forte será a sua posição quanto mais clara for a delimitação da esfera jurídica de cada parte, pois somente assim poderá efetivar-se o efetivo contraditório. O fortalecimento da estrutura dialética do processo beneficia a todos os intervenientes e, principalmente, contribui para uma melhor Administração da Justiça<sup>31</sup>.

Garantindo-se o efetivo contraditório e a ampla-defesa ao acusado/réu, fato é que a sua vontade será exprimida da melhor forma possível, dentro, é claro, dos limites impostos pela natureza do processo. São esses e outros mecanismos típicos do sistema acusatório tidos como capazes de trazer maior equilíbrio à relação processual.

---

<sup>31</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Op.cit*, 2019, p. 539.

Jacinto Coutinho<sup>32</sup> explica que em tratando-se de um sistema penal processual acusatório, o que se engendra é um “processo de partes”, no qual cada um tem bem definido o seu papel. Para o professor, o lugar da defesa, isto é, dos acusados e o dos réus, deve estar em “pé de igualdade” com a acusação.

É claro que, como explica Coutinho, tal suposição é retórica e não corresponde à realidade, motivo pelo qual foram sendo criados, paulatinamente, diversos mecanismos processuais de defesa daquele que sofre a persecução penal. Diz o professor que esse desequilíbrio fez com que os ordenamentos jurídicos tivessem que prever certos institutos, normas e direitos fundamentais que tutelassem os interesses dos investigados ou réus para lhes “proteger contra o recolhimento arbitrário do conhecimento, ou seja, as descobertas arbitrárias das provas”.

Nesse sentido é que, para Jacinto Coutinho, diante da constatação de desigualdade real entre as partes – defesa e acusação –, a doutrina e jurisprudência penal começaram a discutir as questões relacionadas às provas ilícitas.

Essas e outras questões, como a do papel do juiz imparcial típico do sistema acusatório, visariam ao alcance do equilíbrio entre as partes no processo penal, como explica Coutinho:

O equilíbrio entre a acusação e defesa decorre não só do cumprimento das regras e precedentes, mas, também – e quem sabe principalmente –, porque os juízes, historicamente, estão também para garantir o sistema e fazer com que funcione democraticamente. Em suma, a defesa – e nela o investigado/réu – tem no juiz um guardião dos direitos e garantias individuais, o que tende a fazer com que todos, da mesma forma, respeitem-nos<sup>33</sup>.

Portanto, vê-se que pretender-se obter efetiva igualdade entre as partes no processo penal não é uma tarefa simples, dada à própria natureza da relação que se estabelece entre Estado-acusador e indivíduo-acusado.

---

<sup>32</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Plea Bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. Boletim IBCCRIM, nº 317, Ed. Especial, Abril 2019; p. 02-05. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/6311-Plea-bargaining-no-projeto-anticrime-cronica-de-um-desastre-anunciado](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6311-Plea-bargaining-no-projeto-anticrime-cronica-de-um-desastre-anunciado) (Acesso em 08/10/2020).

<sup>33</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op.cit*, 2019.



Dessa forma, são os princípios e garantias constitucionais, no sentido de estabelecerem um sistema processual acusatório penal, que vão garantir que a vontade do indivíduo objeto da pretensão acusatória seja o mais próximo possível de uma vontade consciente, livre e voluntária.

É a defesa da presunção de inocência, do direito ao silêncio, do direito ao contraditório, da ampla-defesa, enfim, do devido processo legal, que faz com que as partes estejam em situação de equilíbrio no direito penal.

Ademais, faz-se necessária a presença e a participação de um juiz imparcial e equidistante das partes, na função típica por ele exercido dentro de um sistema penal acusatório, que tutele as garantias do investigado/acusado/réu quando da consecução de acordos com a acusação. É ele quem garantirá a validade do negócio firmado entre as partes, sob a ótica dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição e Tratados Internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

#### **1.4 A compatibilização com o Sistema Processual Acusatório**

A estrutura do processo penal de um Estado está intimamente ligada à ideologia político-estatal dominante, podendo essa se aproximar do autoritarismo punitivo ou aos valores democráticos e libertários. Ao conjunto de regras, diretrizes, prerrogativas e garantias que regulam tal disciplina, se dá o nome de sistema processual penal, que, como entende a doutrina e jurisprudência dominante, pode ser inquisitório, acusatório, ou, ainda, misto, segundo alguns autores.

O sistema processual inquisitório, construído a partir do século XII e que predominou nas sociedades ocidentais até o início do século XIX, tinha como característica fundamental a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador. Isto é, as funções de investigação, acusação e julgamento eram concentradas em uma só pessoa, o juiz, havendo, portanto, a ausência de separação das funções de acusar e julgar.

Por esse motivo, não havia, no sistema processual inquisitório “uma estrutura dialética e tampouco contraditória”, e nem mesmo a imparcialidade que hoje se entende como necessária,

visto que “uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu”<sup>34</sup>.

As origens do sistema inquisitório remontam ao Tribunal da Inquisição (ou Santo Ofício) instituído no século XIII pela Igreja Católica, com o objetivo de reprimir heresias cometidas por indivíduos e, em verdade, punir tudo o que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas nos fiéis acerca dos Mandamentos da Igreja. Como explica Jacinto Coutinho:

O sistema inquisitório tem raízes na velha Roma, mormente no período da decadência, e alguns traços em outras legislações antigas. Nasce, porém, na forma como estudamos hoje, no seio da Igreja Católica, como uma resposta defensiva contra o desenvolvimento daquilo que se convencionou chamar de "doutrinas heréticas". Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve - e continuará servindo, se não acordarmos – mantém-se hígido<sup>35</sup>.

É somente a partir da Revolução Francesa, com a introdução de novos postulados de valorização do homem e o surgimento de movimentos filosóficos que repercutiram no processo penal, que as sociedades modernas ocidentais passam a adotar, paulatinamente, características de sistema processual penal acusatório. Evidente que essa transição ocorreu de forma complexa, motivo pelo qual não interessa, neste trabalho, o aprofundamento do tema.

Fato é que, hoje, à luz do sistema constitucional brasileiro vigente, pode-se afirmar que o sistema processual penal acusatório é caracterizado pela clara distinção entre as atividades de acusar e julgar, com a iniciativa probatória nas mãos das partes, pela existência de um juiz imparcial e alheio aos interesses opostos e pelo contraditório e igualdade de oportunidades garantidos às partes: Defesa e acusação.

Sobre o tema, explica Aury Lopes Jr. que:

Em última análise, é a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Op.cit.*, 2019; p. 44.

<sup>35</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal, In: Adv. Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas, n. 1, p. 33-43, jan. 1994. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal> (Acesso em 06/05/2021).

<sup>36</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Op.cit.*, 2019, p. 46.

Dessa forma, o paradigma tradicional do processo penal, sob a ótica do sistema acusatório, traz, portanto, três figuras processuais com funções muito bem definidas: O acusador, com a função de acusar; A defesa, com a função de defender o acusado-réu; E o juiz, imparcial e equidistante, com a função de julgar o processo, com base no que foi produzido pelas partes. E é essa separação bem delimitada que garante a imparcialidade do julgador, o contraditório no processo e o resultado justo, fruto do devido processo legal.

Entretanto, como já dito, os novos institutos que ampliam o espaço consensual na esfera penal, a exemplo do Acordo de Não Persecução Penal, objeto de estudo do presente trabalho, alteram tais esferas de atuação e obrigam a reflexão desse novo modelo.

Nesse sentido, é preciso compreender se, de fato, os institutos de negociação penal estariam de acordo com o sistema processual penal escolhido pelo ordenamento jurídico nacional, qual seja, o modelo acusatório.

Para Ferrajoli, os institutos de consenso aplicados ao processo penal não são coerentes com a escolha do sistema acusatório. Explica o autor que os argumentos que os pretendem justificar são, na sua visão, infundados, visto que:

(...) se ha formado en torno a los institutos [pacto sobre la pena y pacto sobre el procedimiento] un consenso tan generalizado como acético que se funda en dos argumentos: el primero, teórico, es el de que son coherentes con la opción por el sistema acusatorio y con la naturaleza de proceso entre partes que impone al juicio un nuevo código; el segundo, pragmático, es el que sólo el empleo en la mayor parte de los casos de estas alternativas formales hace, en términos reales, practicable en los demás supuestos de celebración de un juicio contradictorio según el nuevo modelo acusatorio<sup>37</sup>.

De outra sorte, há autores que entendem pela compatibilização de mecanismos negociais penais com o sistema acusatório. Jacinto Coutinho já se manifestou no sentido de entender ser o *plea bargaining* – espécie de acordo empreendido entre defesa e acusação no sistema processual penal anglo-saxão, de especial incidência nos Estados Unidos – um instituto tipicamente do sistema acusatório, mormente daquele norte-americano.

---

<sup>37</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op.cit*, p. 747.

No entanto, Coutinho compara o *plea bargaining* com o novo instituto brasileiro do Acordo de Não Persecução Penal, mostrando certa preocupação com a sua aplicação ao sistema brasileiro atual, o qual entende ter caráter inquisitório:

O projeto de Lei Anticrime, dentre outras coisas, avança no que chamou de ‘Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade’. Trata-se de mais uma tentativa de *americanização à brasileira*, ou seja, introduzir no processo penal brasileiro uma cópia do que os norte-americanos chamam de *plea bargaining*. (...) Tudo leva a crer, enfim, que um *plea bargaining* metido em um processo do sistema inquisitório como o brasileiro seja um desastre, retirando ainda mais o pouco de democracia processual que restou (...) <sup>38</sup>.

Explica Jacinto Coutinho que nos Estados Unidos, o sistema penal processual adotado é o acusatório, no qual os papéis das partes (acusação, defesa e juiz) são muito bem definidos e delimitados, e que, naquele sistema, é adotada uma visão utilitarista no campo penal. Isso justifica, para eles, a “negociação de um acordo sobre o crime e a pena”, já que seria pactuado entre acusação e defesa e controlado pelo juiz, que apenas teria a função de garantir a observância dos direitos e garantias individuais.

No entanto, explica Coutinho que no cenário brasileiro a lógica não é essa, visto que o processo penal ainda tem caráter inquisitório, o que seria ainda mais potencializado pela adoção de um “*plea bargaining*”. Para o professor, a maioria dos juízes no cenário nacional não cumprem a devida função de garantidores da Constituição e dos diplomas legais, pois se veem com agentes de segurança pública, estando “engajados em uma cruzada contra o crime”.

Nesse sentido, na visão de Jacinto Coutinho, a adoção de uma espécie de “*plea bargaining*” no processo penal brasileiro seria ineficaz e prejudicial, visto que o sistema penal continuaria a ser inquisitório e, portanto, impossível seria garantir os devidos direitos à defesa na consecução de tais negociações. Para o professor:

Ter *plea bargaining* é inevitável se o processo penal brasileiro vier a ser acusatório. Mas para isso é preciso, antes, importar o sistema todo, com ônus e bônus. Do jeito que se está tentando impor, os ônus ficarão para os cidadãos investigados/acusados; e os bônus – tudo indica – ficarão para o Estado e seus órgãos <sup>39</sup>.

Em relação a isso, interessante abordagem faz Gabriel Ignacio Anitua <sup>40</sup>, quando estuda a importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. O autor chama atenção para o fato de que o sistema processual penal anglo-

<sup>38</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op.cit*, 2019; p. 02-05.

<sup>39</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op.cit*, 2019; p. 02-05.

<sup>40</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. *Op.cit*, p. 44.

saxão não é importado como um todo ao ordenamento jurídico desses países, mas somente algumas de suas medidas são tomadas emprestadas, tendo como consequência a formação de sistemas híbridos. Na visão do professor, com tal fenômeno, se desvirtuará tanto um, como o outro sistema, voltando-se às velhas práticas inquisitórias que se pretendeu, por muitos anos, erradicar.

Ainda sobre o *plea bargaining* norte-americano, Aury Lopes Jr. externa preocupações no que tange a aplicação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, afirmando que:

Não podemos pactuar com uma ampliação utilitarista do espaço de consenso, que encontra seu exemplo maior de distorção no modelo do *plea bargaining* americano, em que cerca de 90% dos casos penais são resolvidos através de acordo entre acusação e defesa. Significa dizer que 9 de cada 10 casos penais são resolvidos através de acordo, sem julgamento pleno e jurisdição efetiva. Não sem razão, os Estados Unidos é o país com a maior população carcerária do mundo, fruto da banalização de acordos conjugado com uma política punitivista<sup>41</sup>.

É do que tratava Angela Davis, quando discutia as dificuldades em lidar com, à época, os mais de 2 milhões de pessoas que se encontravam nas cadeias, prisões, reformatórios e centros de detenção de imigrantes nos Estados Unidos. A autora questiona a relação entre segurança e encarceramento e investiga os motivos que levaram ao encarceramento em massa no seu país, explicando que:

Quando, na década de 1980, durante o que ficou conhecido como Era Reagan, houve um esforço para construir mais prisões e encarcerar um número cada vez maior de pessoas, políticos argumentaram que medidas “severas no combate ao crime” – incluindo algumas detenções e penas mais longas – manteriam as comunidades livres da criminalidade. No entanto, a prática do encarceramento em massa durante esse período teve pouco ou nenhum efeito sobre as estatísticas oficiais de criminalidade. Na realidade, o padrão mais óbvio foi que populações carcerárias maiores não levaram a comunidades mais seguras, mas a populações carcerárias ainda maiores<sup>42</sup>.

Os autores René Ariel Dotti e Gustavo Britta Scandelari<sup>43</sup>, acerca do instituto conhecido como “*plea bargain*” ou “*plea deal*”, que seria para os autores uma espécie de “pleito de barganha” ou pedido de acordo, apresentam as principais críticas tecidas tanto pela literatura estadunidense, quanto pela literatura brasileira, que seriam: (a) réus pobres não teriam condições de arcar com um bom advogado para fazer um acordo justo; (b) a acusação poderia ameaçar com imputações desproporcionalmente graves para coagir a defesa a realizar um acordo ruim; (c) o modelo afastaria a população do Judiciário.

---

<sup>41</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Op.cit.*, 2019; p. 789.

<sup>42</sup> DAVIS, Angela. *Estariam as prisões obsoletas?* Tradução de Marina Vargas. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Difel, 2020; p. 12.

<sup>43</sup> DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. *Op. cit.*

Contudo, apesar de extremamente pertinentes as observações dos diversos autores, o novo Acordo de Não Persecução Penal, inserido no Código Processual Penal brasileiro, apresenta notadas diferenças se comparado ao instituto do *plea bargain* norte-americano, a começar pela impossibilidade de imposição de uma pena privativa de liberdade através do novo ANPP.

Pela redação do dispositivo – que será minuciosamente explorada posteriormente neste trabalho – ao final do procedimento de negociação, com posterior homologação do Acordo pelo juiz, se cumpridas as obrigações pactuadas pelo investigado, o mesmo juízo proferirá sentença de extinção de punibilidade<sup>44</sup>.

Logo, diferentemente do instituto norte-americano, o novo Acordo de Não Persecução Penal não permite a discussão sobre a capitulação jurídica e a pena entre as partes, mas sim a pactuação de condições a serem cumpridas pelo investigado, em troca do não oferecimento de denúncia pelo Ministério Público.

O instituto do *plea bargain* norte-americano, situado em um sistema jurídico distinto do brasileiro, possibilita a pactuação de pena privativa de liberdade entre o órgão acusador e o investigado, sem limitação quanto aos crimes de maior potencial ofensivo, por exemplo, não tratando-se, portanto, de medida que visa a combater o alto encarceramento, pelo contrário – o que diverge completamente do novo Acordo brasileiro.

Ademais, o novo Acordo de Persecução Penal, diferentemente do *plea bargain* norte-americano, pressupõe a total transparência entre as partes, dada a necessidade da formalização de um procedimento investigatório já instituído contra o investigado, e não afastaria, completamente, os indivíduos do Judiciário, visto que o Acordo deve ser homologado pelo juiz, após audiência na qual esse atestará a legalidade dos termos pactuados e a voluntariedade do advogado.

Dessa forma, como visto, a mudança de paradigma trazida pelos institutos de Justiça Penal Negociada traz importantes reflexões acerca da aproximação ou não do sistema

---

<sup>44</sup> LOPES JR., Aury; JOSITA, Hignya. Questões Polêmicas do acordo de não persecução penal. 2020; p. 01. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal> (Acesso em 28/10/2020).

acusatório penal, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Com a alteração das funções típicas de cada uma das partes que integram a relação processual, surgem dúvidas e anseios, principalmente, acerca da observância dos princípios do contraditório, ampla-defesa, presunção de inocência, dentre outros que custam tão caro àqueles submetidos a pretensão punitiva.

De fato, há que se ter muito cuidado na implementação de novos mecanismos que objetivam melhorar o desempenho das instituições processuais penais, de forma a não perder de vista os princípios constitucionalmente protegidos. Faz-se necessário, sempre, observar se esses estão sendo respeitados, com a devida segurança jurídica que sustenta todo esse sistema.

Manter uma visão estritamente tradicional, cerrada, não aberta às mudanças que a modernidade globalizada apresenta não parece ser, no entanto, a melhor opção. Afinal, a ineficiência e a insuficiência do atual sistema penal e carcerário brasileiros são problemas que precisam de urgente correção.

É notório que no sistema de justiça criminal brasileiro estão presentes, diariamente, condenações injustas, acusados mal defendidos e denúncias ineptas, dentre muitos outros vícios que acarretam uma insegurança geral tanto para a sociedade civil, que clama por maior proteção e segurança – o que exigiria uma justiça melhor aperfeiçoada –, como aos indivíduos que sofrem a perseguição criminal, sendo esses, sem dúvidas, afetados diretamente pela má estruturação do sistema: processos longos e injustos, cadeias superlotadas incapazes de ressocializar os indivíduos.

Nesse sentido, os autores Claudio José Langroiva Pereira e Bruno Girade Parise tecem importante conclusão:

Nesse passo, se o sistema negocial não pode ser freado, ao menos deve trilhar os caminhos contornados pelo sistema acusatório, pelos quais as garantias da legalidade e da jurisdicionalidade, por exemplo, não cedem em favor da eficiência laborativa; deve-se buscar o máximo equilíbrio possível, o que nos remete à condição única de um processo penal no Estado Democrático de Direito<sup>45</sup>.

O Acordo de Não Perseguição Penal é medida inovadora que tem o propósito de tornar a perseguição penal mais célere e eficiente, com claro objetivo de desafogar o Poder Judiciário,

---

<sup>45</sup> LANGROIVA PEREIRA, Claudio José; GIRADE PARISE, Bruno. *Op.cit.*, p. 124.

dando maior flexibilidade e agilidade nesse processo, além de reduzir a superlotação do sistema carcerário, visto que a imposição de pena privativa de liberdade não pode ser objeto do Acordo.

Nessa linha, os professores Rogério Sanches Cunha e Renée do Ó Souza ressaltam os benefícios no novo Acordo de Não Persecução Penal frente às incapacidades e dificuldades que enfrenta o Judiciário brasileiro:

Em suma, não se vislumbra prejuízo à Justiça Pública/interesse público, porque sob a análise do custo-benefício trazido pelo instituto, fruto da onda consequencialista em que se encontra o direito atualmente, em que já se reconhece a incapacidade do Judiciário dirimir, tempestiva e satisfatoriamente todos os conflitos que a ele são levados, é muito mais vantajosa uma imediata decisão negociada, que cumpra a função dirimente do conflito do que um julgamento proferido ao longo de anos, incapaz de cumprir com as funções da pena e nem de recompor o sentimento social de validade das normas<sup>46</sup>.

No entanto, como bem explorado, a aplicação do novo ANPP deve ser feita com um atento olhar para a observância dos princípios que regem o sistema acusatório processual penal, sob pena de se tornar mais um dos mecanismos ineficientes, que tornam a relação processual penal tão falha, incapaz de atender às expectativas da sociedade.

Para isso, é necessário que seja garantida a ampla-defesa do acusado, o que somente se dará com a devida assistência jurídica que dê ao acusado a possibilidade de considerar todas as suas opções, realizando uma análise econômica do caso concreto, para que, então, possa decidir, de forma consciente e voluntária, se aceita a negociação de um Acordo, ou não, e, ainda, que possa, ativamente, negociar suas cláusulas e condições.

Ademais, imprescindível se faz o controle judicial da legalidade e voluntariedade do Acordo formalizado entre acusado e Ministério Público, tendo, portanto, o juiz, papel fundamental nesse ponto.

Balancear essa equação, de forma a proteger os indivíduos diante da força persecutória empreendida pelo Estado e garantir maior eficiência processual-penal, é tarefa dos operadores de direito, que, no caso concreto, devem agir em defesa da Constituição.

---

<sup>46</sup> SOUZA, Renée do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. 2017. *Op. cit.*, p. 07.



## 2. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL DO ART. 28-A DO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

### 2.1 A origem do Acordo de Não Persecução Penal no ordenamento jurídico brasileiro

O instituto jurídico do ANPP apareceu pela primeira vez em instrumento normativo, no cenário nacional, na Resolução de nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que previa, em seu artigo 18, a possibilidade da propositura do Acordo de Não Persecução Penal pelo Ministério Público nos casos e sob a circunstâncias descritas no próprio dispositivo, que, a despeito de pequenas divergências, se mostram muito similares àquelas positivadas no novo art. 28-A do Código de Processo Penal brasileiro.

Seguindo a lógica da modalidade de justiça penal negociada, que busca a celeridade, eficiência e flexibiliza os pilares tradicionais da relação processual penal, a Resolução do CNMP trazia como justificativas da previsão do ANPP:

(...) a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País (...) a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves (...) a 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<sup>47</sup>.

Dessa forma, vê-se que foram argumentos pragmáticos e eficientistas, que buscam dar maior celeridade e eficiência à persecução penal, que sustentaram a introdução do Acordo de Não Persecução Penal pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

O capítulo VI da Resolução traz o Acordo de Não Persecução penal que, com alterações dadas pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018, determinava que:

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

---

<sup>47</sup> Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

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 Ministério Público; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018).

O parágrafo primeiro do dispositivo trazia as hipóteses de vedação ao oferecimento de Acordo de Não Persecução Penal, que seriam (i) quando for cabível a transação penal; (ii) quando o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; (iii) quando o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95; (iv) quando o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; (v) quando o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006; E, por fim, (iv) quando a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Os parágrafos segundo e terceiro teciam determinações quanto à formalização do Acordo, determinando que a confissão detalhada dos fatos pelo investigado, com a presença obrigatória do defensor, e as tratativas entre as partes seriam registrados por gravação audiovisual, e que o Acordo seria formalizado nos autos, com a estipulação clara e completa das condições de cumprimento, firmadas pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

Ademais, estabeleciam os parágrafos quarto, quinto e sexto que a vítima seria comunicada por qualquer meio idôneo da formalização do Acordo, cujos autos seriam submetidos à apreciação judicial, podendo o juiz considerar o Acordo cabível, ou não, remetendo-o, nessa última hipótese, ao Procurador-Geral, que poderia, então, oferecer denúncia ou designar outro membro para fazê-lo, complementar as investigações, reformular a proposta do Acordo ou mantê-lo integralmente.

O parágrafo oitavo estabelecia ser dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o

cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio. E, determinava o parágrafo nono que descumpridas quaisquer das condições, o membro do Ministério Público deveria, imediatamente, oferecer denúncia.

Ademais, o parágrafo décimo determinava que o descumprimento do Acordo pelo investigado também poderia ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

Cumprido integralmente o acordo, segundo o parágrafo décimo primeiro da Resolução, o Ministério Público promoveria o arquivamento da investigação.

O ANPP, nos termos da Resolução, não poderia ser aplicado aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina, conforme parágrafo décimo segundo.

E, por fim, determinava o parágrafo décimo terceiro do dispositivo que para a aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput do artigo 18 – pena mínima inferior a 4 (quatro) anos – seriam consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

Sabe-se que a Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público tem natureza jurídica de norma regulamentadora, de caráter administrativo.

Por esse motivo, à época de sua edição, questionou-se muito, na doutrina, a adequação constitucional e as bases legais formais da criação de um novo instituto de negociação penal por meio de Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público.

Parte da doutrina entendia que a Resolução nº 181/2017 seria norma regulamentadora de caráter administrativo e não poderia inovar em matéria processual penal tal como o fez, visto que isso não atendia aos requisitos mínimos do sistema acusatório penal e suas garantias, tal como a estrita legalidade penal consagrado no ordenamento jurídico nacional<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> LANGROIVA PEREIRA, Claudio José; GIRADE PARISE, Bruno. *Op.cit.*

Nesse sentido, questionando a Resolução, foram propostas, na ocasião, duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – ADI nº 5793 – e a outra pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) – ADI nº 5790 –, que, no entanto, nunca chegaram a ser julgadas.

Isso, pois a previsão do Acordo de Não Persecução Penal pela Lei nº 13.964, promulgada no final do ano de 2019, que modificou o Código de Processo Penal brasileiro fez perder, em substancial parte, o objeto de tal discussão.

A falta de lei gerava, sem dúvidas, insegurança jurídica e impulsionou as mais variadas discussões na doutrina, de forma que a positivação do Acordo de Não Persecução Penal no CPP e, conseqüente aplicação cogente no ordenamento jurídico, encerra importantes debates acerca do instituto. No entanto, as controvérsias sobre o tema estão de longe de serem pacificadas pelos estudiosos da área, como se verá.

## **2.2 A alteração legislativa trazida pelo Pacote Anticrime: O novo artigo 28-A, do Código de Processo Penal brasileiro**

A Lei 13.964/19, que ficou conhecida como Lei ou Pacote “Anticrime”, foi sancionada em 24 de dezembro de 2019 e entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020, alterando diversos dispositivos do Código Penal brasileiro, do Código de Processo Penal brasileiro, da Lei de Execução Penal, Lei de Crimes Hediondos, Lei de Interceptação Telefônica, dentre outros diplomas legais.

No Código de Processo Penal, a Lei 13.964/2019 introduziu o novo instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), no novel artigo 28-A, com a seguinte redação em seu *caput*:

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<sup>49</sup>.

Dessa forma, vê-se que a propositura do novo ANPP pelo Ministério Público ao investigado somente é possível mediante o preenchimento de alguns requisitos, que já aparecem

---

<sup>49</sup> BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941). Artigo 28-A.

no próprio *caput* do art. 28-A, quais sejam: (a) Não ser caso de arquivamento; (b) Ter o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal; (c) Que o delito não seja cometido mediante violência ou grave ameaça; (d) Que o delito tenha pena mínima inferior a quatro anos; (e) Que o Acordo seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime; E, por fim, (f) que sejam ajustadas condições a serem cumpridas pelo investigado, em troca do não oferecimento da denúncia.

Alguns autores apontam suposta imprecisão técnica da nomenclatura do novo instituto, sustentando que, na realidade, não seria um acordo de “não persecução penal”, mas sim um acordo de “não oferecimento de denúncia”, visto que para que tal instituto seja aplicado, na prática, há a necessidade da existência de um procedimento formal investigatório em curso – seja um Inquérito Policial (IPL) ou um Procedimento Investigatório Criminal (PIC) – o que já configuraria a existência da persecução penal.

De qualquer sorte, o legislador entendeu ser pertinente a nomenclatura Acordo de Não Persecução Penal ao novo instituto que amplia o espaço de consenso da justiça penal, positivando-o, dessa forma, no Código de Processo Penal brasileiro.

Nos incisos do novo art. 28-A, vislumbram-se as possibilidades do objeto negociado no âmbito do ANPP, isto é, as condições que podem ser propostas pelo Ministério Público ao investigado, para a formalização do acordo. São elas: A reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, quando possível (I); A renúncia voluntária do investigado a bens e direitos indicados pelo Ministério Público, como instrumentos, produto ou proveito do crime (II); A prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (III); O pagamento de prestação pecuniária (IV); E o cumprimento de outra condição indicada pelo órgão ministerial, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (V).

Importa ressaltar que essas são as condições para a formalização do acordo, que devem ser cumpridas pelo investigado na forma em que forem estabelecidas, em troca do não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, o que não se confunde com pena.

Dessa forma, de antemão, já se pode afirmar que o novo Acordo de Não Persecução Penal, positivado no Código de Processo Penal brasileiro, não permite a negociação ou imposição de pena ao investigado, mas, sim, de condições a serem por ele cumpridas. Essa é uma das

fundamentais diferenças quando comparados o ANPP ao instituto norte-americano do “plea bargain”, por exemplo, como já explicado.

Portanto, segundo o novo artigo 28-A, do CPP, no bojo do Acordo de Não Persecução Penal, as partes negociarão condições – frise-se, e não penas – a serem cumpridas pelo investigado que, em troca, não será denunciado. Dessa forma, percebe-se o caráter sinalagmático do novo ANPP, que impõe deveres e garantias a ambas as partes, o investigado e o Ministério Público, na sua formalização.

Aqui, observa-se a clara intenção do legislador de reforçar os objetivos relacionados ao que se denomina na doutrina de justiça restaurativa. A previsão da reparação do dano ou restituição da coisa à vítima como condições a serem impostas ao investigado que celebra o Acordo de Não Persecução Penal deixa clara tal intenção. Portanto, reforça-se, com o ANPP, esse caráter do direito penal, colocando a vítima em papel de maior destaque, com o objetivo de reparar o dano causado pela infração penal cometida.

Sobre essas condições, pela redação do novo art. 28-A, que expressamente determina que o ANPP será formalizado “mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente” e que, no seu inciso V, abre a possibilidade para o ajuste de outras condições, que não àquelas listadas nos incisos, pode-se concluir que esse rol não é taxativo, mas meramente exemplificativo. Logo, é certo que as condições do Acordo podem ser livremente estipuladas pelo Ministério Público e pelo acusado, desde que proporcionais e compatíveis com a infração penal objeto da negociação.

Os parágrafos do dispositivo legal em questão apresentam outros requisitos de cabimento para a formalização do Acordo, suas consequências e especificidades.

O parágrafo primeiro determina que para a aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput do art. 28-A, ou seja, quatro anos, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. Realizando-se um juízo de lógica, se o que importa para a formalização do Acordo é a pena mínima do delito, as causas de diminuição de pena deverão ser aplicadas a partir da pena máxima cominada e as causas de aumento de pena aplicadas a partir da pena mínima legal. Assim, feitas as aplicações, deve-se chegar a uma pena mínima inferior a quatro anos para que seja cabível o Acordo.

O parágrafo segundo apresenta quatro hipóteses em que não cabem o ANPP: (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.

Tais hipóteses deixam claro a preocupação do legislador em não permitir a formalização do Acordo àqueles indivíduos que cometerem delitos tidos como graves pela sociedade, isto é, que ofendam os bens jurídicos mais importantes tutelados pelo ordenamento, como a conduta criminal habitual e os crimes de violência doméstica, familiar ou contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Dessa forma, interpretado esse parágrafo juntamente com o *caput* do novo art. 28-A do Código de Processo Penal, observa-se o cabimento do ANPP determinado pelo legislador, que deixou clara a intenção da aplicação do instituto a crimes de menor ofensividade. Isso, pois é necessário, ademais de que a pena mínima seja inferior a 4 anos e não poder a infração ter sido cometida com violência ou grave ameaça, que o investigado não tenha conduta criminal habitual ou reiterada, nem que tenha cometido crimes de violência doméstica ou familiar, ou contra a mulher por razões da condição de sexo feminino – sendo esses últimos de grande incidência na sociedade brasileira atual, o que justifica a exclusão ao novo Acordo.

Assim, pode-se dizer que o novo Acordo de Não Persecução Penal, como medida despenalizadora, afastando os investigados de tais infrações penais de menor ofensividade da pena privativa de liberdade, converge para o pressuposto da prisão como a *ultima ratio*, deixando essas para os delitos que ofendem os bens jurídicos mais importantes ou de forma mais intensa, tendo como efeito almejado, sem dúvida, a redução da população carcerária.

No entanto, questão ainda não pacífica parece ser a do requisito presente no *caput*, de não violência ou grave ameaça. Há doutrinadores que entendem que a violência descrita seria aquela presente na conduta, e não no resultado. Por essa corrente, à título de exemplo, um crime de

homicídio culposo, cuja pena é de um a três anos, poderia ser objeto de ANPP. Já para outros doutrinadores, o entendimento seria de que o resultado produzido pela conduta delitiva não poderia resultar em violência, excluindo-se o homicídio culposo, por exemplo.

Ademais, a vedação pelo parágrafo segundo de aplicação do ANPP àqueles que já tiverem sido beneficiados nos últimos cinco anos pelo Acordo ou por outro instituto de justiça consensual penal, demonstra a preocupação do legislador com a moralidade e boa-fé exigidas das partes no âmbito da justiça penal negociada. Isto é, o que se espera de um indivíduo que realize um Acordo com o Ministério Público, bem como uma Colaboração Premiada, por exemplo, é o comprometimento com a verdade e com o cumprimento efetivo das condições ajustadas, o que é típico da seara consensual da justiça penal.

Em consonância aos princípios da ampla-defesa e do contraditório, determina o parágrafo terceiro que o Acordo, necessariamente, será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

O parágrafo quarto estabelece que para a homologação do ANPP, 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. Portanto, assegura-se, aqui, a participação do magistrado, como julgador imparcial e equidistante das partes, que terá a função de atestar a validade do ANPP, verificando se o mesmo preenche os requisitos legais e se presente, ou não, a voluntariedade por parte o investigado que firma o Acordo.

Parece, aqui, à princípio, ter o juiz, no processo de formalização do ANPP, uma participação típica do sistema acusatório, consagrado pelo nosso ordenamento, de forma que garanta a observância dos princípios constitucionais da ampla-defesa, presunção de inocência, devido processo legal, etc, sem, contudo, participar ativamente da acusação, ou seja, mantendo-se imparcial e equidistante das partes.

Importa frisar, nesse ponto, que, para garantir a observância dos preceitos constitucionais que delineiam o sistema acusatório processual penal, o magistrado não deve ser visto como mero homologador do Acordo, mas, sim, como o ator responsável por controlar a constitucionalidade das tratativas.



Nesse sentido, como dispõe o parágrafo supracitado, o juiz só poderia homologar o Acordo quando se convencesse, de fato, da razoabilidade das condições pactuadas, no sentido de que estejam em consonância com as diretrizes do sistema penal brasileiro, e da voluntariedade do investigado, de forma a evitar os abusos da persecução penal estatal contra o indiciado.

Ainda nos parágrafos quinto ao oitavo do art. 28-A, do CPP, são determinadas as funções do magistrado na consecução dos Acordos de Não Persecução Penal e suas possíveis decisões nesse processo, dispondo da seguinte forma:

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no Acordo, 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.

Novamente, pela leitura dos dispositivos legais, a função do magistrado parece limitar-se a assegurar o cumprimento da legalidade e jurisdicionalidade do Acordo, não podendo, por exemplo, propor condições ou interferir diretamente na negociação do Acordo, mas apenas rejeitá-lo, caso o considere inadequado, abusivo ou insuficiente. Evidente que tais considerações não estão isentas de juízo de mérito, isto é, o magistrado – diferentemente do acontece no “plea bargain” dos Estados Unidos, por exemplo – não se manterá completamente inerte e passivo na consecução do Acordo. Mas, não se pode deixar de ressaltar que a sua participação será bastante reduzida a um controle de legalidade que, afinal, faz-se necessário e é compatível com o sistema acusatório.

Sobre a participação da vítima, determina, o parágrafo nono, que essa será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. Portanto, não parece ter dado o legislador à vítima um papel de destaque na formalização do ANPP.

E, descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, diz o parágrafo décimo que o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia, podendo também, o descumprimento do

Acordo, ser utilizado pelo MP como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo, conforme parágrafo décimo primeiro.

Explica Rogério Sanches que para extinguir a punibilidade, o Acordo de Não Persecução Penal deve ser adimplido pelo investigado, em todas as suas condições pactuadas. Evidentemente, descumprido o Acordo, o órgão ministerial comunica o juiz para que ele, então, decrete a sua rescisão através de decisão que seria, para o professor, de natureza constitutiva negativa (e não meramente declaratória)<sup>50</sup>.

O parágrafo décimo segundo dispõe que a celebração e o cumprimento do Acordo não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo, que trata do benefício do acordo pelos últimos cinco anos.

Cumpridas integralmente as condições pactuadas no ANPP pelo investigado, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade, conforme dispõe o parágrafo décimo terceiro.

É por esse motivo muitos autores vêm compreendendo a natureza jurídica do novo Acordo de Não Persecução Penal como medida despenalizadora, visto que, após cumpridas as condições, resta extinta a punibilidade do investigado, sem, portanto, que exista uma sentença condenatória em desfavor do Réu que lhe imponha o cumprimento de uma pena.

Findo o Acordo, cumpridas todas as condições, extingue-se a punibilidade, não podendo o Ministério Público oferecer denúncia contra o investigado pela prática dos mesmos crimes que objetos do ANPP, sob pena de violação do princípio do *ne bis in idem*, consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

E, por fim, o parágrafo décimo quarto determina que 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 do CPP.

É certo que algumas soluções já empregadas pelo Poder Judiciário no âmbito da Lei 9.099/1995, em relação aos institutos da transação penal e da suspensão condicional do

---

<sup>50</sup> CUNHA, Rogério Sanches. *Op.cit.*, 2020, p. 138.

processo, poderão ser aplicadas ao novo instituto do Acordo de Não Persecução Penal. Nesse sentido, por exemplo, o seu cabimento em relação às ações privadas parece ser defendido pela ampla maioria da doutrina nacional.

No entanto, ainda pairam dúvidas sobre diversas outras questões sobre o Acordo, que não são expressamente definidas pelo novel artigo 28-A, e que estão sendo discutidas pela doutrina e suscitadas na jurisprudência nacional, a exemplo da própria natureza jurídica do instituto, a qual uns defendem ser direito público subjetivo do investigado, outros faculdade do Ministério Público e outros, ainda, espécie de poder-dever do órgão ministerial.

Como se vê, são muitas as particularidades desse novo instituto de justiça negociada penal, diversos os seus requisitos e variadas as possibilidades de cabimento do Acordo de Não Persecução Penal. E, como se já não fosse suficiente, sobre cada um deles pairam diversas controvérsias ainda sob intensos debates pela doutrina e jurisprudência nacionais. Por esse motivo, um estudo aprofundado que exaurisse o tema demandaria tempo e, certamente, não seria esse o propósito do presente trabalho.

Por tais razões, aqui, interessa o aprofundamento em uma especificidade desse instituto que o torna bastante diferente dos demais instrumentos de negociação que já estavam presentes no ordenamento jurídico brasileiro, tais como a Transação Penal, a Suspensão Condicional do Processo, dentre outros: O requisito da confissão, que será a seguir, minuciosamente, aprofundado.

### 3. A CONFISSÃO NO ÂMBITO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

#### 3.1 Confissão: A rainha das provas?

Quando pensamos no sistema inquisitório típico do Tribunal da Inquisição medieval que, como já explicado, foi implementado pela Igreja Católica no século XIII e que tinha como principal objetivo o de investigar, julgar e punir os “hereges”, isto é, aqueles que ameaçavam a hegemonia da Igreja ao contestar seus valores e dogmas, ou comportar-se de maneira contrária a eles, imediatamente somos remetidos às imagens de tortura e violência física que sofriam os acusados. Tais meios, hoje considerados repulsivos e deploráveis pela sociedade moderna, tinham como objetivo a busca da confissão dos investigados.

É que no sistema inquisitório, a confissão era considerada a “rainha das provas”, pois o entendimento era o de que o réu era portador de uma verdade que deveria ser extraída a qualquer custo, o que justificava os absurdos cometidos pelas autoridades – a exemplo da Inquisição Católica – em nome da busca de uma pretensa verdade real.

Explica Aury Lopes Jr.<sup>51</sup> que, no fundo, a questão situava-se “no campo da culpa judaico-cristã, em que o réu deve confessar e arrepender-se, para assim buscar a remissão dos seus pecados”.

Nesse sentido, a lógica do sistema inquisitório penal estava intimamente ligada a valores morais e religiosos, que influenciaram e continuam a influenciar profundamente a forma como parte da sociedade enxerga o papel do sistema processual penal. Afinal, o acusado era um herege, pecador, que deveria se arrepender de seus pecados e pagar por eles, para então, ao final, ser salvo e perdoado.

Tal visão se mantém com bastante intensidade até os dias de hoje.

Basta pensarmos no Tribunal do Júri e no impacto que a confissão do acusado, com a demonstração de seu “arrependimento” perante os jurados, tem na sua condenação. Ainda há, no imaginário coletivo, a ideia de que a pena, obtida por meio do processo penal, tem o objetivo

---

<sup>51</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Op.cit.*, 2019, p. 452.

principal de fazer com que o criminoso “pague” por seus atos e, principalmente, que deles se arrependa publicamente. O não arrependimento é tido como algo repulsivo pela sociedade.

Ademais, vê-se a importância da confissão no próprio Código Penal brasileiro atual que, no seu artigo 65, inciso III, alínea “d”, prevê a atenuação da pena para o réu que tiver “confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime”. Ou seja, a ideia de prestigiar e premiar o indivíduo que confessa o delito se faz presente e gera grandes impactos no destino do réu e na sua punição.

Acrescenta-se a isso a possibilidade, através da confissão do acusado, de o juiz e a sociedade poderem punir “sem culpa” o acusado que, afinal, confessou os seus “pecados” e, portanto, merece a “punição” a ele imposta.

Nem é preciso se debruçar com profundidade sobre as problemáticas dessa lógica inquisitorial, bastando se pensar em todos os meios absolutamente repugnantes que foram utilizados na história para que se alcançasse a confissão do acusado, tendo como maior exemplo a tortura – hoje, inaceitável, e vedada pela Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso III, que diz que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Fato é que o Iluminismo e a Modernidade trouxeram aos Estados Modernos novos princípios e valores, consagrando a separação da Igreja e o Estado, tornando-o laico. A nova visão de mundo e sobre o homem fizeram com que antigos valores fossem paulatinamente abandonados para a adoção do sistema acusatório, que tem como principal fundamento o respeito à dignidade humana, incompatível com as antigas práticas inquisitoriais.

Nesse sentido, a confissão, que antes ocupava papel de destaque na persecução penal, perde essa centralidade e deixa de ser a “rainha das provas”, passando a ser apenas mais um elemento na axiologia probatória, e só podendo ser utilizada caso presentes outros elementos que logrem comprovar a autoria do delito.

Sobre a análise e utilização da confissão como meio de prova no processo penal brasileiro, explica Aury Lopes Jr. que:

A confissão deve ser analisada no contexto probatório, não de forma isolada, mas sim em conjunto com a prova colhida, de modo que, sozinha, não justifica um juízo

condenatório, mas, por outro lado, quando situada na mesma linha da prova produzida, em conformidade e harmonia, poderá ser valorada pelo juiz na sentença<sup>52</sup>.

A exposição de motivos do Código de Processo Penal, de 8 de setembro de 1941, quando trata das provas, traz a importância relativa da confissão como meio de prova, determinando que a “confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade”. Determina que todas as provas “são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra”.

O Capítulo IV, do Título VI, do Código de Processo Penal, trata da confissão como meio de prova, delineando a sua aplicação no atual sistema acusatório penal.

No artigo 197, o CPP determina que 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”. Ou seja, retira-se da confissão o papel de destaque na produção de prova penal, dando a ela importância igual a qualquer outro meio de prova.

Ademais, consagrando o direito ao silêncio, o artigo 198 determina que “o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”. No entanto, através de uma leitura desse dispositivo à luz do direito constitucional, que assegura o devido processo legal, entende-se que o juiz não pode valorar o silêncio do acusado nem para o seu benefício, nem para o seu prejuízo, e por esse motivo, entende a maioria da doutrina que a parte final do dispositivo não teria sido recepcionada pela Constituição de 1988.

Fica claro, portanto, que no atual ordenamento jurídico, a confissão deixou de ser a “rainha das provas”. Isso, pois a consagração dos princípios da presunção da inocência, da não autoincriminação e do direito ao silêncio, garantidos pelo ordenamento jurídico atual, são incompatíveis com a valorização máxima da confissão como meio de prova.

---

<sup>52</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Op.cit.*, 2019, p. 452.

Dessa forma, a confissão é e continua a ser um meio de prova lícito e possível, mas que deve ser valorado como qualquer outro, não recebendo papel de destaque no atual ordenamento jurídico brasileiro, em conformidade com as bases do sistema acusatório processual penal.

### **3.2 A confissão como requisito do novo ANPP e a voluntariedade do investigado**

Um dos pontos de maior polêmica, e que assume especial importância dentro da lógica de um sistema acusatório penal, é a exigência da confissão do acusado para a consecução do novo Acordo de Não Persecução Penal.

É que o caput do novel art. 28-A do Código de Processo Penal impõe a necessidade de o investigado confessar, formal e circunstancialmente, a prática da infração penal, para que lhe seja permitida a celebração do Acordo com o Ministério Público.

As Resoluções 181/2017 e 183/2018 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), como visto, já traziam a exigência da confissão detalhada dos fatos pelo investigado para a consecução do Acordo. Mas, diferentemente do que foi positivado no Código de Processo Penal, exigiam que todas as tratativas do Acordo e o ato da confissão do acusado fossem registradas por meios ou recursos de gravação audiovisual, que, nos termos da Resolução 181, seriam “destinados a obter maior fidelidade das informações”.

Portanto, não foi positivado no novo art. 28-A do CPP, pelo legislador, a necessidade de gravação por meio audiovisual do ato de confissão do investigado. Tal fato foi criticado por muitos autores, que entendem que a gravação traria mais segurança às negociações. De qualquer sorte, o que se faz necessário, pela redação do dispositivo, é que a confissão seja formal, realizada na presença do Ministério Público e do defensor do investigado.

Ademais, exige-se que a confissão seja circunstanciada. Sobre o significado de tal expressão, leciona Sandro Carvalho Lobato de Carvalho que:

A confissão, além de ser pessoal e formal, deve ser circunstanciada (a lei fala em confessar circunstancialmente), 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, por ventura, 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<sup>53</sup>.

O requisito da confissão, formal e circunstanciada, necessária para a formalização do ANPP, portanto, como se vê, é complexo e, por tal razão, vêm gerando intensos debates na doutrina e jurisprudência nacional.

Muitos questionamentos estão sendo suscitados acerca da constitucionalidade do requisito da confissão para a formalização do Acordo de Não Persecução Penal. Aqueles que pugnam por sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988, entendem que o requisito da confissão violaria o direito ao silêncio, a presunção de inocência e o direito da não autoincriminação, positivados na Magna Carta.

Em sentido contrário, os autores que sustentam a constitucionalidade do requisito da confissão, argumentam pela compreensão objetiva dos referidos princípios e garantias. Para essa corrente, se o direito ao silêncio e a não autoincriminação fossem levados à risca, interpretados de forma isolada, o próprio interrogatório e a confissão do réu obtidos sob o crivo judicial seriam, pois, inconstitucionais.

Dessa forma, compreendendo o Acordo de Não Persecução Penal como prerrogativa do Ministério Público – que deve ser exercida em vistas à satisfação do interesse público, para a necessária prevenção e repressão dos delitos – tais autores defendem que o investigado teria a voluntariedade para escolher confessar e ser, por isso, beneficiado com a formalização de um Acordo que o afastasse de uma ação processual penal – afastando-o do estigma que envolve o processo criminal, além de uma possível condenação em pena privativa de liberdade.

Logo, os autores que sustentam pela constitucionalidade da confissão como requisito do ANPP, o fazem argumentando pela voluntariedade do investigado que, na sua visão, poderia escolher, livre e conscientemente, confessar e obter a formalização do novo Acordo de Não Persecução Penal.

---

<sup>53</sup> CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 78, out./dez. 2020, p. 251. Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Sandro\\_Carvalho\\_Lobato\\_de\\_Carvalho.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Sandro_Carvalho_Lobato_de_Carvalho.pdf) (Acesso em: 31/08/2021).



Nesse sentido, a discussão central gira em torno do questionamento da doutrina sobre se haveria, de fato, ou não, voluntariedade por parte do investigado que confessa para realizar o Acordo de Não Persecução Penal com o Ministério Público.

Muitos doutrinadores entendem que há um comprometimento da voluntariedade do investigado que confessa a prática do delito com vistas à obtenção de um Acordo com o *parquet*. Aqueles que assim entendem, argumentam que o acusado se vê diante do temor de um possível encarceramento se não admitir a culpa e não realizar o Acordo de Não Persecução Penal com o Ministério Público, o que o levaria a fazê-lo ainda que, por exemplo, não tenha cometido o delito.

Explicam Claudio José Langroiva Pereira e Bruno Girade Parise<sup>54</sup> que o acusado possui uma frágil posição negocial, que é ainda mais acentuada no sistema jurídico brasileiro, e o Acordo celebrado com o Ministério Público, advindo da negociação penal, se torna uma espécie de “única saída” para o investigado, representando um tipo de “coação moral irresistível”.

Tal posição de fragilidade do investigado, portanto, retiraria o elemento da voluntariedade na sua confissão dos fatos para a consecução do ANPP, na visão dos autores. Segundo Claudio José Langroiva Pereira e Bruno Girade Parise, a exigência da confissão seria um retrocesso histórico, intimamente ligada ao sistema inquisitório, a ver:

Se, em superação a tempos inquisitoriais (...) nos quais, para a condenação, a confissão era a “rainha das provas”, agora o Estado Democrático a reconhece como instrumento atenuante da pena, e assim não poderá a confissão, instrumento propulsor da negociação penal, seguir um caminho de desconsideração do devido processo legal constitucional, de forma a assegurar que qualquer expectativa de persecução penal, ainda que não judicialmente avaliada, sirva de instrumento de coação à celebração de acordos de não persecução<sup>55</sup>.

Situação ainda mais grave, na opinião de muitos doutrinadores, seria aquela em que o investigado estivesse preso preventivamente. Nesse caso, o sujeito não se veria diante do temor de um possível encarceramento, mas, sim, já se veria encarcerado, quando, então, não seria absurdo pensar que o preso poderia reconhecer imediatamente uma culpa – que pode ser inexistente – que lhe permitiria sair em liberdade.

---

<sup>54</sup> LANGROIVA PEREIRA, Claudio José; GIRADE PARISE, Bruno. *Op.cit*, p. 127.

<sup>55</sup> LANGROIVA PEREIRA, Claudio José; GIRADE PARISE, Bruno. *Op.cit*, p. 123.

Ou seja, para muitos autores, o investigado preso veria no Acordo de Não Persecução Penal a sua mais rápida forma de livrar-se do cárcere e recuperar a sua liberdade, o que, sem dúvidas, põe em dúvida a voluntariedade do indivíduo em optar pela formalização do ANPP, e não pelo curso “normal” do processo penal tradicional, com o oferecimento da denúncia, a defesa e, por fim, a sentença penal proferida por um juiz.

Sobre essa hipótese, pode-se relacionar com o que já ocorre atualmente no Brasil com réus presos que fazem acordos de Colaboração Premiada. A Lei 13.964/2019, no seu parágrafo 7º, inovou dando o poder-dever ao juiz de analisar a existência da manifestação de voluntariedade do colaborador submetido a medidas cautelares, pessoais – prisão temporária ou preventiva – e reais – bloqueio de bens. Muitos autores questionam, nesses casos, a voluntariedade do acusado, que tem a sua própria liberdade privada ou a de seus bens.

Evidente que uma confissão inverídica, isto é, uma falsa confissão, não é o que se busca com a ampliação do espaço consensual penal introduzida pelo Acordo de Não Persecução Penal.

Afinal, sendo realizado um Acordo entre o MP e um investigado que não tenha cometido delito algum, estaríamos diante de uma situação de grave violação dos direitos básicos do indivíduo, em desconformidade com todo o ordenamento jurídico brasileiro atual. E, ainda, por outro lado, o verdadeiro autor do delito – ora investigado pelo IPL ou PIC correspondente – continuaria livre, sem receber a punição devida, o que, por óbvio, não atende às necessidades e expectativas da sociedade.

São as razões pelas quais o estudo sobre o tema é importante e necessário.

Ademais, ainda dentro desse tema, muitos autores questionam se a exigência da confissão não seria um retorno às práticas inquisitórias do direito penal. Para tais estudiosos, é evidente que não mais se coagiria os investigados a confessarem com a utilização de máquinas e instrumentos de tortura – como se fazia na Inquisição – mas, entendem alguns doutrinadores que, atualmente, seriam outras as formas de coação.

Sobre esse aspecto, alguns autores enxergam como sendo uma forma de coação a promessa feita ao acusado de que lhe será imposta uma pena menor se ele confessar a prática dos delitos a ele imputados – e entendendo ele que, se não confessar, não haverá Acordo e, logo, sua pena poderá e será muito provavelmente, maior.

É o que sustenta Gabriel Ignacio Anitua, quando analisa a implementação dos mecanismos de negociação penal nos sistemas processuais penais latino-americanos:

Se puede argumentar que dicha confesión no es obtenida, ahora, bajo tortura. Sin embargo sí que, de alguna forma, quien ‘colabora’ con el sistema penal ‘ahorrándole’ la realización del juicio se encuentra coaccionado (...). Significa un retorno al inquisitivo si quien pacta es el Estado que coacciona al imputado con una amenaza penal mayor para que colabore evitando el juicio contradictorio, puesto que así lo que el Estado realmente busca es la confesión del imputado, que con ello ha logrado uno de sus objetivos (há quebrado a su ‘contradictor’) y por eso le reduce la pena<sup>56</sup>.

O professor Gabriel Anitua explica que a promessa feita ao investigado, de opor-lhe de forma direta, e sem a existência de um processo judicial, uma pena que seria menor àquela que poderia ser caso a denúncia fosse oferecida e o magistrado, ao final, assim entendesse, é a via utilizada para obrigar o acusado a “colaborar”, concordando com a acusação. Assim, segundo o professor, os Acordos dessa forma obtidos representam um “golpe mortal” contra a estrutura do processo penal em um Estado de Direito.

Nesse sentido, defende o professor Anitua que os investigados são coagidos para obter uma confissão, o que enxerga como a reprodução dos sistemas autoritários e inquisitivos impostos no século XIII e que:

(...) no encuentra mucha diferencia entre amenazar con romper huesos o amenazar con sufrir años extras de prisión para obtener una confesión, en todo caso la diferencia es de grado y no de clase<sup>57</sup>.

Explica Gabriel Anitua que a “aceitação” da pena por parte do investigado através do Acordo com aquele que detém a pretensão acusatória nos remeteria às práticas persuasivas permitidas pela obscuridade das relações desiguais, próprias da Inquisição. Assim, defende o professor que esses mecanismos simplificadores – tais como o Acordo entre acusação e defesa – “no solucionan el problema de la ineficácia, sino que lo ocultan” e representam verdadeira “renuncia a principios fundamentales del sistema penal y, por la otra, no constituyen remedio alguno para la ineficácia del procedimiento penal, sino tan sólo paliativos”.

---

<sup>56</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. *Op.cit.*, p. 54-55.

<sup>57</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. *Op.cit.*, p. 51.

Apesar da grande relevância e pertinência dos comentários tecidos pelo professor Gabriel Anitua, há que se ter mente que a sua análise tratava da importação dos mecanismos consensuais do processo estadunidense aos sistemas latino-americanos. Nesse sentido, o autor tomou como referência os chamados “plea bargains” americanos que, como já aqui discutido, possuem profundas diferenças se comparados ao novo Acordo de Não Persecução Penal brasileiro, a começar pela impossibilidade de defesa e acusação pactuarem pena privativa de liberdade.

Como já minuciosamente explicado, o novo art. 28-A permite a formalização de Acordo entre investigado e MP, no qual deverão ser pactuadas condições (e não penas) a serem cumpridas pelo acusado, que podem ser a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima, a renúncia à bens obtidos como proveito do crime, a prestação de serviço à comunidade, o pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, dentre outras que sejam pactuadas, desde que proporcionais e compatíveis com a infração penal em questão – mas, jamais a pena privativa de liberdade.

Dessa forma, não faz sentido falar em ameaças com “anos extras na prisão”, supostamente exercida pelo Ministério Público, na experiência do Acordo de Não Persecução Penal brasileiro, pois pena privativa de liberdade não pode ser pactuada através do novo instituto. No entanto, a discussão trazida pelo professor Gabriel Anitua acerca da voluntariedade do acusado ao qual se oferece um Acordo é pertinente e relevante, especialmente quando se pensa no temor do encarceramento.

A infração penal cometida pelo investigado, que será objeto do novo ANPP, como já explicado, não pode ter sido cometida com violência ou grave ameaça, e a pena mínima a ela cominada deve ser inferior a 4 (quatro) anos para que seja possível o Acordo.

Tendo isso em mente, é certo que se pode pensar em diversas situações nas quais um crime apenado com pena privativa de liberdade possa ser objeto de Acordo de Não Persecução Penal, como o crime de furto (art. 155, CP – Pena de 1 a 4 anos reclusão), por exemplo. Nessa situação, o investigado, de fato, se vendo diante do temor de um possível encarceramento, poderá se ver compelido a confessar e celebrar um Acordo de Não Persecução Penal, quando, sem dúvidas, analisar a voluntariedade do sujeito não será tarefa simples.

Ademais, também é possível vislumbrar hipóteses nas quais a um preso preventivo seja oferecido um Acordo de Não Persecução Penal pelo MP. A prisão preventiva, segundo o artigo 312 do CPP, é permitida nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

Cabe a prisão preventiva, por exemplo, no crime de estelionato (art. 171, CP - Pena de 1 a 5 anos de reclusão), ao qual também cabe o oferecimento de ANPP, visto ser infração penal cuja pena mínima é inferior a 4 anos, sem o emprego de violência ou grave ameaça. Essa seria a situação, segundo a qual alguns autores, na qual a voluntariedade do acusado estaria ainda mais comprometida, sendo ele compelido a confessar para obter um Acordo e livrar-se do cárcere.

No entanto, como contraponto a essa visão, muitos doutrinadores entendem que a confissão exigida do acusado que formaliza um Acordo com o Ministério Público é voluntária, na medida que o requisito da existência de um procedimento investigatório formalmente instaurado contra o investigado, ao qual é oferecido o ANPP, traz a necessária segurança às negociações.

Os autores que assim entendem, argumentam que com a obrigatória formalização do procedimento investigativo de persecução penal – que pode ser por meio de Inquérito Policial (IPL) ou Procedimento Investigatório Criminal (PIC), como já apontado – torna-se mais fácil garantir a transparência e a lealdade entre as partes, o que garantiria maior voluntariedade do investigado.

O professor Rogério Sanches destaca a importância do requisito da formalização de um procedimento investigatório para a propositura do Acordo de Não Persecução Penal para a segurança do investigado, explicando que:

A segurança de que existe um procedimento formalizado é importante para os atores do sistema criminal, evitando abusos do Estado, e ao mesmo tempo permitindo a transparência na negociação<sup>58</sup>.

Afinal, tendo sido instaurado um IPL ou um PIC contra o investigado, o acesso aos autos pela sua defesa é garantia constitucional contida no art. 5º, LXIII da CF/88, que assegura ao

---

<sup>58</sup> CUNHA, Rogério Sanches. *Op.cit.*, 2020, p. 128.

indiciado o direito à assistência de um advogado para exercer o seu direito de defesa na investigação.

E, é certo que para exercer o seu direito de defesa, se faz necessário que o acusado tenha acesso aos autos da investigação, para apurar tudo o que já foi elucidado. Tendo conhecimento dos elementos que possui o Ministério Público sobre o caso – ainda que, é claro, pode ser que não tenha acesso integral aos autos, que podem conter diligências em andamento, como uma interceptação telefônica autorizada judicialmente, por exemplo –, é que o investigado e o seu defensor poderão desenvolver as suas estratégias de defesa.

Nesse sentido, garante o artigo 7º, XIV e §11º, da Lei 8906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), o direito de o advogado ter acesso aos autos de investigações de qualquer natureza, que assim dispõe<sup>59</sup>:

Art. 7º São direitos do advogado:

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

É também o que dispõe a Súmula Vinculante nº 14, que garante o amplo acesso aos elementos de prova já documentado, *in verbis*:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa<sup>60</sup>.

Dessa forma, através do amplo acesso aos elementos de prova já documentados, garantido à defesa do investigado, é que a parte poderá analisar, no caso concreto, as vantagens e as desvantagens da confissão da autoria delitiva para a formalização (ou não) do Acordo de Não Persecução Penal, realizando uma análise “econômica” dos riscos de se confessar e obter o Acordo.

---

<sup>59</sup> BRASIL. Lei 8.906 de 1994. Art. 7º, XIV e §11º.

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 14. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230> (Acesso em 04/09/2021).

Adepto a essa corrente, o professor Rogério Sanches<sup>61</sup> compreende o Acordo de Não Persecução Penal como um acordo sinalagmático entre defesa e acusação, no qual serão pactuadas condições e obrigações imputadas a ambas as partes, havendo, dessa forma, uma troca de favores: O Ministério Público se compromete a não oferecer denúncia mediante o cumprimento de medidas pelo investigado, que deverá confessar a prática do delito.

Assim, Sanches afirma que deve-se compreender a confissão necessária no ANPP sob a ótica da teoria dos jogos, segundo a qual o advogado ou o defensor público, junto com o investigado, na prática, deverão fazer uma análise do caso, observando os elementos contidos nos autos da investigação formal, sopesando os benefícios e prejuízos da consecução de um Acordo com o Ministério Público, tendo autonomia e voluntariedade para escolher aceitá-lo ou não.

Sem dúvidas, a complexidade do tema exige intensa reflexão e, o mais importante, atenta observação no caso concreto a fim de que sejam garantidos os princípios constitucionais da ampla-defesa, contraditório e o devido processo legal no momento da formalização dos Acordos entre defesa e acusação.

Evidente que a confissão, quando obtida por meio de coação, é nula e deve ser descartada, não podendo ser formalizado o Acordo de Não Persecução Penal. Não é em outro sentido que determina a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (promulgada pelo Decreto nº 678/1992) no seu artigo 8º, item 3, quando proclama que a “confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza”.

Nesse sentido, o juiz, conforme os preceitos do novo art. 28-A, exercerá função essencial na garantia da legalidade do acordo e na observância da voluntariedade por parte do acusado, elementos os quais deverá, o magistrado, analisar no caso concreto, garantindo a aplicação dos princípios constitucionais que instituem o sistema acusatório processual penal.

### **3.2 Os limites e efeitos da confissão no ANPP**

---

<sup>61</sup> CUNHA, Rogério Sanches. 2020. *Op. cit.*, p. 129.

A discussão doutrinária sobre a confissão, além de se debruçar sobre a própria natureza do meio de prova, sua voluntariedade e sua compatibilização com o sistema acusatório processual penal, atinge, também, os seus efeitos e alcances.

Levanta-se, na doutrina, questionamentos acerca do que será feito com a confissão do investigado em caso de desistência da celebração do acordo pelo Ministério Público, da sua não homologação pelo magistrado ou mesmo no caso do seu descumprimento pelo próprio investigado, por exemplo.

Ademais, discutem-se os efeitos e as repercussões do Acordo para o investigado, nas esferas penal, mas também civil e administrativa. Poder-se-ia imaginar inúmeras possibilidades, como, por exemplo, o emprego da confissão a título de prova emprestada na propositura de eventual ação civil pública ou instauração de processo administrativo disciplinar<sup>62</sup>.

Sobre o tema, ainda novo no cenário nacional, dada a contemporaneidade do instituto do ANPP no ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência têm divergido.

A primeira grande questão sobre a confissão no novo ANPP é a sua utilidade no que tange às situações de descumprimento do Acordo pelo investigado. A pergunta a se fazer é se a confissão realizada pelo investigado no bojo do Acordo poderia ser utilizada como meio de prova durante a fase de instrução processual, em eventual posterior oferecimento de denúncia pelo Ministério Público.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que, segundo a lógica do novo art. 28-A do Código de Processo Penal, o Acordo de Não Persecução Penal se insere na fase pré-processual, visto que é oferecido pelo MP ao investigado antes de haver denúncia, isto é, sua celebração ocorre antes de existir processo penal.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de não ser aplicável o novo Acordo de Não Persecução Penal após o oferecimento da denúncia, fixando o caráter pré-processual do novo instituto. Determinou a 5ª Turma do STJ que o novo ANPP, previsto no art.

---

<sup>62</sup> SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. *Op. cit.*, p. 219-222.



28-A do CPP, terá aplicação somente nos procedimentos em curso, até o recebimento da denúncia<sup>63</sup>.

Nesse sentido, é certo que o novo ANPP se situa em uma fase de investigação criminal, que, como já visto, pode ser amparado em Inquérito Policial (IPL) ou Procedimento Investigatório Criminal (PIC).

O artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro determina que o juiz “formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Esse dispositivo legal introduz uma limitação ao livre convencimento motivado, porque não autoriza que o juiz fundamente sua decisão exclusivamente nos elementos informativos da investigação. É por esse motivo que alguns autores vêm entendendo que a confissão do investigado realizada no bojo do Acordo de Não Persecução Penal, por não ter sido obtida sob o crivo do contraditório judicial – no curso do processo, em audiência, controlada pelo magistrado, etc – não poderia ser meio de prova utilizado em eventual ação penal posterior, já que, pelo disposto no CPP, não poderia fundamentar decisão do magistrado.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr.<sup>64</sup>, que entende que em caso de descumprimento do Acordo de Não Persecução Penal, a confissão feita pelo investigado não poderá ser usada contra ele durante o curso do processo que por acaso venha a surgir.

Na mesma linha, Ali Mazloum e Amir Mazloum<sup>65</sup>, analisando o novo ANPP do novel art. 28-A do CPP, ressaltam:

Impende ressaltar que o descumprimento do acordo não valida a confissão como prova porque não há processo ainda, aplicável a regra do artigo 155 do CPP. Ademais, a situação assemelha-se à delação premiada desfeita, em que as provas autoincriminatórias não podem ser utilizadas em desfavor do colaborador.

---

<sup>63</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.664.039, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 20/10/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-nao-persecucao-retroage-enquanto.pdf> (Acesso em 04/09/2021).

<sup>64</sup> LOPES JR., Aury; JOSITA, Hignya. *Op. cit.*, 2020, p. 4.

<sup>65</sup> MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-acoescurso> (Acesso em: 31/08/2021).

A matéria ganha especial relevo quanto se analisam as disposições legais acerca do juiz das garantias – arts. 3º-B a 3º-F do CPP, que, no entanto, tiveram sua eficácia suspensa por decisão liminar, proferida na ADI 6298/DF pelo Ministro Dias Toffoli, em 15/01/2020<sup>66</sup>.

Isso, pois, segundo os novos dispositivos inseridos no Código Processual Penal, o inquérito policial não mais acompanharia os autos judiciais da denúncia oferecida, de modo que a confissão, portanto, ficaria naturalmente excluída da fase de instrução, não se podendo utilizar da declaração do acusado para proferimento de sentença. Mas, explicam os autores Rafael Soares, Luiz Borri e Lucas Battini<sup>67</sup>, que com a suspensão da eficácia dos artigos, a princípio, em caso de descumprimento do Acordo, o investigado será denunciado com a inclusão do Inquérito Policial e, também, com a confissão do investigado.

Em sentido contrário, o Ministério Público de São Paulo e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal do Ministério Público já se manifestaram no sentido de que a confissão poderá servir de suporte informativo para o oferecimento da denúncia pelo órgão ministerial em face do investigado.

A Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo apresentaram enunciados de entendimento sobre a aplicação das alterações introduzidas pela Lei nº 13.964/19, direcionados à interpretação dos novos dispositivos, que apresentam relevante interesse geral e institucional ao órgão.

O Enunciado nº 24 dispõe que “Rescindido o acordo de não persecução penal por conduta atribuível ao investigado, sua confissão pode ser utilizada como uns dos elementos para oferta da denúncia”<sup>68</sup>.

No mesmo sentido, o Grupo Nacional De Coordenadores De Centro De Apoio Criminal (GNCCRIM) proferiu um conjunto de enunciados interpretativos da Lei Anticrime (Lei nº

---

<sup>66</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6298/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Julgada em 15/01/2020. Disponível: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/01/ADI6298-MC.pdf> (Acesso em 04/09/2021).

<sup>67</sup> SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. *Op. cit.*

<sup>68</sup> ENUNCIADOS PGJ-CGMP – LEI 13.964/19. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal\\_Juri\\_Jecrim/Enunciados\\_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20\(1\)-%20alterado.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20(1)-%20alterado.pdf) (Acesso em 31/08/2021).

13.964/2019). No seu enunciado 27, determinaram que “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)”<sup>69</sup>.

No entanto, pode-se pensar que mesmo na hipótese de o Ministério Público utilizar a confissão obtida no Acordo de Não Persecução Penal, que foi descumprido pelo investigado, como elemento da denúncia, o juiz não poderia, conforme a sistemática do Código de Processo Penal brasileiro, utilizá-la como elemento supedâneo para proferir eventual sentença condenatória. Isso, pois, como visto, a confissão se deu em fase pré-processual e, portanto, ausente acusação formal contra o investigado.

É nesse sentido que alerta o professor Rogério Sanches:

Importante alertar 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<sup>70</sup>.

Dessa forma, mesmo que se defenda que o Ministério Público, caso o investigado descumpra o Acordo, possa oferecer denúncia utilizando a confissão como elemento de reforço da prova de autoria, é certo que segundo o disposto no Código Processual Penal brasileiro, tal elemento apenas corroboraria com as demais provas produzidas em contraditório, não podendo, em nenhuma hipótese, o magistrado decidir tendo como base essa confissão.

Ademais, fato é que não poderia o Ministério Público formar sua *opinio delicti* com base somente na confissão obtida nas tratativas do Acordo. Isso, pois é requisito fundamental para a propositura do próprio ANPP que estejam presentes as condições de ação e justa causa para o oferecimento de denúncia, já que o Acordo não pode ser oferecido se fosse caso de arquivamento, conforme dispõe o art. 28-A, do CPP.

Ora, se é necessário a presença, desde já, das condições da ação e da justa causa para a denúncia, para que então se possa pensar na formalização de um Acordo de Não Persecução

---

<sup>69</sup> GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM) - COMISSÃO ESPECIAL: ENUNCIADOS INTERPRETATIVOS DA LEI ANTICRIME (Lei nº 13.964/2019). Disponível em: [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM\\_-\\_ANALISE\\_LEI\\_ANTICRIME\\_JANEIRO\\_2020.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf) (Acesso em 31/08/2021).

<sup>70</sup> CUNHA, Rogério Sanches. *Op. cit.*, 2020, p. 129.

Penal, é certo que a *opinio delicti* do Ministério Público já estava, portanto, formada antes da confissão obtida nas tratativas do Acordo. Se assim não ocorrer, estariam ausentes os requisitos do ANPP, quando seria esse, então, ilegal.

Logo, não poderia, em nenhuma hipótese, a confissão obtida no ANPP ser o elemento principal, a “peça-chave” da denúncia oferecida pelo Ministério Público, visto que o órgão ministerial já tinha a sua *opinio delicti* formada antes do oferecimento do próprio Acordo, fundada em outros elementos probatórios.

Questão que se relaciona, também, seria a possibilidade, ou não, de o MP utilizar a confissão no oferecimento de denúncia, caso o Juízo competente não homologar o ANPP. Evidentemente, a lógica é a mesma da discussão acerca do descumprimento do Acordo. Muitos autores vêm entendendo que por força dos princípios da boa-fé e da lealdade processual, não poderia o órgão ministerial utilizar a confissão obtida no Acordo, em desfavor do investigado que, nesse caso, nem mesmo teria dado causa à não consecução do ANPP.

Nesse sentido, explica Sandro Carvalho Lobato de Carvalho que:

O ideal, inclusive, é que na hipótese de não homologação do ANPP, seja inclusive desentranhada a confissão do investigado dos autos antes que a denúncia seja encaminhada ao Poder Judiciário, por força do princípio da boa-fé e da lealdade processual, porque somente não houve acordo devido a não homologação judicial e não por ato do investigado, não podendo, portanto, sua confissão ao Ministério Público ser usada em seu prejuízo<sup>71</sup>.

A segunda grande questão que paira em torno do alcance da confissão no novo Acordo de Não Persecução Penal é a sua aplicação em outros ramos do direito, como na seara cível e administrativa.

Pode-se, por exemplo, pensar na hipótese de um servidor público que tenha realizado a confissão da prática do crime de peculato (Art. 312, CP – Pena de reclusão de dois a doze anos e multa) para a formalização do ANPP com o Ministério Público. Suponhamos que as tratativas foram frutíferas, o Acordo foi formalizado e homologado pelo juiz competente, e o servidor

---

<sup>71</sup> CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 78, out./dez. 2020, p. 258. Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Sandro\\_Carvalho\\_Lobato\\_de\\_Carvalho.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Sandro_Carvalho_Lobato_de_Carvalho.pdf) (Acesso em: 31/08/2021).

público iniciou o cumprimento das condições pactuadas. Poderia a sua confissão ser utilizada na instauração de processo administrativo disciplinar contra o servidor?

A questão não foi esclarecida ou resolvida pelo legislador, que não se manifestou sobre a possível utilização da confissão em demais áreas do direito.

Alguns autores já vêm sustentando que a confissão obtida no ANPP, por representar mera formalidade para fins de concretização do Acordo, não poderia ser empregada nas demais esferas. Isso, pois embora a confissão tenha ocorrido perante o Ministério Público, a manifestação do investigado teria se dado em sede de investigação preliminar, não sendo externado perante o juiz competente.

Explicam Rafael Junior Soares, Luiz Antonio Borri e Lucas Andrey Battini que:

Mesmo que se preveja a audiência, a declaração dada pelo investigado ocorreu em momento pretérito, cabendo ao magistrado realizar juízo de valor sobre a voluntariedade e legalidade, não se avançando ao mérito da infração penal (...) Portanto, a confissão efetuada pelo investigado atende meramente à exigência formal para concretização do Acordo de Não Persecução Penal, até mesmo por ocorrer em sede de investigação preliminar, vedando-se sua utilização em eventual processo criminal, em caso de descumprimento de condições, bem como na hipótese de instauração de processos cíveis ou administrativos<sup>72</sup>.

Parece, aqui, haver o mesmo fundamento daqueles que defendem que a denúncia não pode ser oferecida pelo MP com base na confissão obtida nas tratativas do Acordo de Não Persecução Penal.

Deve-se compreender a necessidade da confissão como requisito meramente formal para a consecução do ANPP, sem qualquer repercussão de natureza material, pois, como dito, não há implicação jurídica dessa manifestação do investigado, já que não foi obtida sob o crivo judicial e a observância do contraditório.

Nesse sentido, teria o legislador optado por incluir a exigência do reconhecimento da prática de ato ilícito como um termo taxativo, o qual não possui capacidade de interferir nas demais esferas do direito ou repercutir de alguma forma com a finalidade de prejudicar ou lesar o investigado.

---

<sup>72</sup> SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. *Op. cit.*

Seriam as razões pelas quais a confissão obtida no Acordo de Não Persecução Penal – sendo esse homologado ou não, cumprido ou não – não poderia ser utilizada em outros âmbitos do direito, como o cível ou o administrativo.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a investigar o Acordo de Não Persecução Penal, instituto jurídico introduzido no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, dando-se um enfoque no requisito da confissão pelo investigado que formaliza o Acordo com o Ministério Público. O objetivo fundamental se estabeleceu no sentido de compreender se o novo instrumento de negociação estaria, ou não, em consonância com o sistema processual penal acusatório e os direitos e garantias previstos pelo ordenamento jurídico nacional.

Como visto, o legislador pátrio vem dando cada vez mais espaço à negociação e colaboração no âmbito da justiça penal, a exemplo dos institutos da Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo e Colaboração Premiada, já anteriormente positivados, que buscam, sobretudo, a diminuição no número de processos que superlotam o Poder Judiciário, e almejam a celeridade e eficiência do sistema penal brasileiro.

O Acordo de Não Persecução Penal, como minuciosamente explorado, representa novo instituto, de natureza jurídica de medida despenalizadora, que amplia, indubitavelmente, o espaço de consenso da justiça processual penal no cenário nacional. Essa nova esfera de atuação no direito criminal, como bem visto, altera as bases do sistema processual penal tradicional e, por tal razão, são muitas as questões a serem investigadas e discutidas pela doutrina.

No presente trabalho, buscou-se compreender as principais discussões e controvérsias suscitadas pela doutrina nacional sobre o novo Acordo de Não Persecução Penal, centradas em três grandes aspectos.

O primeiro aspecto pesquisado foi a discussão proposta pela doutrina acerca da validade e a legitimidade do novo modelo de Justiça Penal Negociada, no qual se insere o novo ANPP. Buscou-se investigar as relações estabelecidas entre o princípio da obrigatoriedade da ação penal, a ideia de um processo entre partes, a voluntariedade do investigado e o sistema acusatório processual penal.

Como visto, a adoção de medidas consensuais na justiça penal é tendência mundial e que adquire especial importância no contexto brasileiro, que é marcado por um Poder Judiciário sobrecarregado, o que gera grande demora na tutela jurisdicional, processos longos e conclusões

ineficientes – condenações injustas, etc –, além de um sistema carcerário superlotado, que não alcança seus próprios propósitos constitucionais. Assim, as medidas consensuais penais surgem como alternativa ao processo penal tradicional, com vistas a corrigir tais mazelas.

A partir de uma ótica garantista, viu-se que o problema central, a saber, a elevada quantidade de condutas incriminadas pelo ordenamento jurídico – o denominado “direito penal máximo”, que faz com que o sistema processual penal seja incapaz de processar todas elas – não parece ser o objetivo do legislador, nem parece estar amparado pelas expectativas e anseios atuais da sociedade brasileira. Assim, as novas medidas desprocessualizadoras, a exemplo do novo ANPP, seriam métodos ou soluções paliativas que não resolveriam as mazelas fundamentais.

No entanto, como bem visto, fato é que o legislador optou pela adoção de tais medidas consensuais penais, cabendo aos estudiosos e aos operadores do direito, a tarefa de garantir a observância dos direitos e garantias fundamentais, previstos pelo nosso ordenamento jurídico.

Como bem explorado, pensar em um processo penal de partes, de forma a se desejar que se encontre a mesma igualdade típica do processo civil, marcada pela “paridade de armas”, é tarefa difícil e ilusória, dada à própria natureza da relação que se estabelece entre Estado-acusador e indivíduo-acusado. Como visto, foi justamente para garantir o equilíbrio entre defesa e acusação no direito criminal que a doutrina e jurisprudência criaram, ao longo do tempo, os direitos e garantias que hoje estão positivados no ordenamento pátrio.

Dessa forma, são os princípios e garantias constitucionais, no sentido de estabelecerem um sistema processual acusatório penal, que vão garantir que a vontade do indivíduo objeto da pretensão acusatória seja o mais próximo possível de uma vontade consciente, livre e voluntária. É a defesa da presunção de inocência, do direito ao silêncio, do direito ao contraditório, da ampla-defesa, enfim, do devido processo legal, que faz com que as partes estejam em situação de equilíbrio no direito penal.

Dessa forma, dada a frágil posição do investigado, que sofre a persecução penal do Estado, em situação de evidente desigualdade de poder, a questão fundamental se fundou em investigar se os direitos e garantias previstos pelo ordenamento jurídico nacional são



compatíveis, ou não, com os institutos de justiça penal consensual e, principalmente, com o novo Acordo de Não Persecução Penal, objeto da presente monografia.

O segundo aspecto que se debruçou a pesquisa no presente trabalho foi a discussão que alcança o próprio Acordo de Não Persecução Penal, positivado no novo artigo 28-A do Código de Processo Penal, seus requisitos, características e hipóteses de cabimento. O objetivo da análise foi aplicar as controvérsias gerais sobre a justiça penal negociada e as preocupações doutrinárias ao novo instituto, concretamente positivado no ordenamento.

Conforme minuciosa análise, conclui-se que o novo Acordo de Não Persecução Penal atinge infrações penais de menor ofensividade, tendo como requisito para a sua formalização, como bem visto, a prática de crime com pena mínima inferior a 4 anos de prisão, ademais de não poder sido cometido com violência ou grave ameaça, dentre outros que foram minuciosamente explorados no presente trabalho.

O novo instituto permite a formalização de um Acordo entre o investigado e o Ministério Público, no qual as partes fixarão condições a serem cumpridas – e não penas –, em troca do não oferecimento de denúncia, obtendo-se, ao final, a extinção da punibilidade do investigado, desde que esse confesse, formal e circunstanciadamente, a prática do delito objeto do Acordo.

Após profundo estudo sobre os aspectos normativos, concluiu-se que o novo ANPP é medida despenalizadora, que busca combater o excessivo encarceramento e dar mais ênfase à justiça restaurativa e a proteção da vítima, com a reparação do dano ou retorno ao *status quo*, quando possível, por exemplo. Como conclusão, observou-se que a correta atuação de cada um dos atores dessa relação – a acusação, a defesa e o juiz – é de suma importância para que sejam respeitados os direitos e garantias previstos pelo ordenamento, além de ser garantido o sistema acusatório processual penal.

Por último, a pesquisa centrou-se no requisito da confissão pelo investigado que torna possível a formalização do Acordo de Não Persecução Penal com o Ministério Público, sendo esse um dos temas de maior polêmica na doutrina. Buscou-se compreender se existe efetivamente voluntariedade na confissão, quais são as suas características segundo o novo art. 28-A do CPP e quais são os seus efeitos e limites.

Conforme explorado no presente trabalho, a confissão é um meio de prova que, embora previsto na sistemática do Código Processual Penal brasileiro – inclusive reconhecida como atenuante da pena – gera preocupações na doutrina garantista penal. Isso, pois, na lógica do sistema inquisitório, a confissão já foi, historicamente, durante muito tempo, utilizada no processo penal de forma perversa, com a utilização de tortura aos acusados que eram obrigados a confessar delitos que muitas vezes nem tinham praticado. Daí a sensibilidade do tema.

Como visto, muitos autores defendem que hoje não seriam mais as práticas de tortura que intimidariam os acusados, obrigando-os a confessar, mas, sim, o oferecimento de acordos penais sobre a pena, sobretudo quando ameaçados por uma pena privativa de liberdade. No entanto, como bem explorado, o novo instituto brasileiro não permite a pactuação de pena e é, ao final, instrumento benéfico ao acusado, que, cumpridas as condições do Acordo, tem a sua punibilidade extinta, sem sofrer as mazelas do encarceramento e do estigma social que envolve o decurso de um processo penal.

Viu-se que pretender a obtenção de uma voluntariedade pelo investigado, tal e qual a do direito civil, marcado pelo equilíbrio e igualdade entre as partes, não parece ser possível, dada a própria natureza da relação processual penal. Como bem explorado, o indivíduo tem sobre si toda a força persecutória do Estado, que é capaz de lhe tirar sua própria liberdade, não sendo, de forma alguma, uma relação de igual para igual. Dessa forma, outros são os argumentos que se utilizam para que se defenda uma vontade livre, consciente e voluntária do réu que confessa para obter um Acordo com a acusação.

Concluiu-se que para que o investigado formalize o ANPP com o MP, é necessário que exerça a sua ampla-defesa, obtendo acesso aos autos do procedimento investigatório formalmente constituído – o IPL ou o PIC – o que trará transparência e lealdade à negociação. Somente dessa forma seria possível a análise econômica do caso, a fim de que a defesa sopesse os benefícios e prejuízos da sua confissão, escolhendo, voluntariamente, fazê-la ou não.

Ao confessar, concluiu-se que o investigado estaria exercendo seu direito de defesa, o que não violaria o direito ao silêncio constitucionalmente assegurado, nem o direito de não autoincriminação. Aqui, como visto, opera-se em uma lógica diferente daquela tradicionalmente reconhecida, na qual o investigado tem a liberdade para escolher. Caso queira confessar, obterá a formalização de um Acordo que o afastará de uma ação penal e, cumprindo

todas as condições pactuadas, será extinta a sua punibilidade. Caso não o queira, será denunciado e submetido a um processo, no seu rito tradicional, no qual poderá exercer o seu direito de defesa conforme os preceitos normativos.

Ademais, chegou-se à conclusão de que para que os direitos e garantias previstos no nosso ordenamento jurídico, típicos do sistema acusatório processual penal, sejam respeitados, é necessário que cada uma das partes dessa relação exerça seu efetivo e correto papel.

A presença e a participação de um juiz imparcial e equidistante das partes, na função típica por ele exercido dentro de um sistema acusatório, que tutele as garantias do investigado quando da consecução de acordos com a acusação, é fundamental. Não cabe ao magistrado intervir ativamente nas tratativas, mas possui ele uma tripla função: Garantir a validade do negócio firmado entre as partes, observando se os direitos fundamentais do investigado foram respeitados; Garantir que o Acordo seja compatível e suficiente para a prevenção e repressão da infração penal no caso concreto; E atestar a voluntariedade do investigado.

O Ministério Público, por sua vez, como bem explorado, deve observar os princípios da oportunidade e da discricionariedade regrada, de modo que sua atuação tenha limites bem definidos. Ademais, consoante a lógica de um espaço negocial, deve o órgão ministerial atuar com transparência e lealdade, respeitando e zelando pela observância do contraditório durante todo o período das tratativas e da execução do Acordo.

Por fim, a defesa tem papel ativo fundamental na consecução do novo Acordo de Não Persecução Penal. Terá ela a função de zelar pela observância do princípio da legalidade e da autonomia da vontade, respeitando a opção do investigado de negociar as condições do Acordo com o MP. Para tal, como dito, é necessário que a defesa tenha amplo acesso aos elementos investigativos, para que saiba o que fundamenta a *opinio delicti* da acusação e para que seja possível a realização de uma análise econômica do caso concreto, procedendo-se (ou não) à escolha da formalização do Acordo, e, especialmente, da confissão a ser feita pelo investigado, que somente assim será livre, consciente e voluntária.

Portanto, chega-se à conclusão de que o Acordo de Não Persecução Penal, da forma como foi positivado pelo legislador no novo artigo 28-A do Código de Processo Penal, tem a capacidade – se bem utilizado – de melhorar, de fato, a eficiência do sistema penal.

Isso, pois, a consecução do Acordo entre defesa e acusação é capaz de garantir maior celeridade à persecução penal, de forma a utilizar um consumo menor de recursos financeiros e de pessoal, o que, apesar de não erradicar o problema, sem dúvidas, auxilia na tentativa de redução do número e do tempo dispendido pelos tribunais brasileiros. Com isso, o Judiciário nacional poderá se centrar na resolução dos casos mais graves, que atingem os bens jurídicos mais importantes para a sociedade, dando uma tutela jurisdicional de maior qualidade – é o que se espera.

Ademais, chega-se à conclusão de que o novo ANPP converge para um objetivo de redução do encarceramento, visto não ser possível, como bem frisado neste trabalho, a pactuação de pena privativa de liberdade através do Acordo. Conforme dispôs o legislador, o interesse na justiça restaurativa, com vistas à indenizar a perda sofrida pela vítima, fica claro na instituição do novo Acordo, visto que as condições a serem cumpridas pelo investigado passam, necessariamente, pela mitigação do dano ou retorno ao *status quo*, quando possível.

Dessa forma, respeitados os direitos e garantias do investigado, previstos pelo ordenamento jurídico nacional, principalmente no que tange ao sistema acusatório processual penal, chega-se à conclusão de que o novo Acordo de Não Persecução Penal – repise-se, se bem utilizado – é capaz de trazer efetivos benefícios ao sistema penal brasileiro, cabendo aos operadores do direito observar a sua correta e devida aplicação nos casos concretos.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 43-65, 2015.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 12<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1.** 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal** (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941).

BRASIL. **Código Penal** (Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

BRASIL. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil** (Lei Nº 8.906, de 4 de julho de 1994).

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) nº 1.664.039, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 20/10/2020.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-nao-persecucao-retroage-enquanto.pdf> (Acesso em 04/09/2021).

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6298/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Julgada em 15/01/2020.** Disponível: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/01/ADI6298-MC.pdf> (Acesso em 04/09/2021).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgada em 08/09/2015.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560> (Acesso em 25/10/2020).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 14.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230> (Acesso em 04/09/2021).

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. **Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal.** Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 78, out./dez. 2020, p. 247-261. Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Sandro\\_Carvalho\\_Lobato\\_de\\_Carvalho.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Sandro_Carvalho_Lobato_de_Carvalho.pdf) (Acesso em: 31/08/2021).

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Plea Bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado.** Boletim IBCCRIM, nº 317, Ed. Especial, Abril 2019. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/6311-Plea-bargaining-no-projeto-anticrime-cronica-de-um-desastre-anunciado](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6311-Plea-bargaining-no-projeto-anticrime-cronica-de-um-desastre-anunciado) (Acesso em 18/04/2021).

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal,** In: Adv. Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas, n. 1, p. 33-43, jan. 1994. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal> (Acesso em 06/05/2021).

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017.** Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf> (Acesso em 25/10/2020).

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP.** Salvador: Editora Juspodium, 2020.

DAVIS, Angela. **Estariam as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Difel, 2020.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. **Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o *plea bargain* brasileiro**. Boletim IBCCRIM, nº 317, Ed. Especial, abril 2019. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/6312-Acordos-de-nao-persecucao-e-de-aplicacao-imediata-de-pena-o-plea-bargain-brasileiro](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6312-Acordos-de-nao-persecucao-e-de-aplicacao-imediata-de-pena-o-plea-bargain-brasileiro) (Acesso em 18/04/2021).

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

**JUSTIÇA EM NÚMEROS 2020. Ano-base 2019**. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> (Acesso em 21/10/2020).

LANGROIVA PEREIRA, Claudio José; GIRADE PARISE, Bruno. **Seguridad y justicia: el acuerdo de no persecución penal y su compatibilidad con el sistema acusatorio**. Opinión Jurídica, v. 19, n. 38, p. 115-135, 8 de maio/2020. Disponível em: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/3282> (Acesso em 08/10/2020).

LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. **A Construção do saber – manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas**. Tradução Heloísa Monteiro e Francisco Settineri – Porto Alegre: ArtMed; Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS – INFOPEN, **Junho/2020**. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen> (Acesso em 21/10/2020).

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR., Aury. **Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal**. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal> (Acesso em 26/05/2021).

LOPES JR., Aury; JOSITA, Hignya. **Questões Polêmicas do acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal> (Acesso em 28/10/2020).

MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. **Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso> (Acesso em: 31/08/2021).

SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. **Breves Considerações Sobre o Acordo de Não Persecução Penal**. Revista do Instituto de Ciências Penais, v. 5, p. 213-231, maio/2020.

SOUZA, Renée do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. **A legalidade do Acordo de Não Persecução Penal: uma opção legítima de política criminal**, 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/10/26/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/> (Acesso em 08/10/2020).

XIMENES, Julia Maurmann. **O Processo de Produção Científico-Jurídica: O problema é o problema**. In: Grandes temas de pós-graduação, p. 8-23. Organizador Hector Luis C. Vieira – Brasília: IDP, 2015.