

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

Henrique Cereser Schneider

**A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: A
NECESSIDADE DE UMA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Santa Maria, RS
2023

Henrique Cereser Schneider

**A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: A NECESSIDADE
DE UMA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS),
como requisito parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luís Gustavo Durigon

Santa Maria, RS
2023

Henrique Cereser Schneider

**A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: A NECESSIDADE
DE UMA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS),
como requisito parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Aprovado em: 28 de novembro de 2023.

Luís Gustavo Durigon, Dr. (UFSM)
(Presidente/orientador)

Fernanda Martins, Dra. (UFSM)

Adriano Farias Puerari, Me. (AMF)

Santa Maria, RS
2023

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais. Quando me senti fraco, pensei em vocês. Quando me senti aguerrido, pensei em vocês. Quando errei, pensei em vocês. Quando acertei, também pensei em vocês. Enfim, vocês são – e sempre serão – os meus primeiros pensamentos e o motivo de minha existência. Amo-os incondicionalmente.

À minha amada família, especialmente a parcela que me acompanhou de perto. Obrigado por toda dedicação e afeto. Serei eternamente grato.

Aos meus primos. Todos eles. Foram os responsáveis pela construção da minha memória afetiva e hoje são os responsáveis pelos melhores conselhos. Guardo comigo as virtudes de cada um. Amo todos infinitamente.

Aos meus amigos. De alma e sinceros, sei que são poucos. Mas estranho seria se fossem muitos. Com vocês vivi os dias mais felizes da minha vida. Aprendi que a verdadeira felicidade é fácil de ser alcançada, basta um copo, uma cerveja bem gelada e suas companhias. Amo-os e faria de tudo por vocês.

A todos os professores que já tive. Sem eles eu nada seria. Sonho em um dia vê-los com a valorização e o reconhecimento que merecem.

Ao meu orientador, que contribuiu demasiadamente para a elaboração da presente pesquisa. Foi uma honra ser seu orientando.

À Universidade Federal de Santa Maria por proporcionar um estudo de qualidade e gratuito. Espero que um dia seja assegurada a igualdade de oportunidade a todos. Mas, até lá, que continuem as ações afirmativas, a fim de garantir, minimamente, o acesso inclusivo e democrático à educação.

Ao mundo por ter-me feito gremista. Torcer pelo Grêmio é uma insanidade que transcende o plano racional e, quem sabe, a única certeza que carregarei para sempre.

A todas as pessoas que, de alguma forma, ajudaram a expandir a minha consciência e fazer com que eu acreditasse nos meus sonhos.

Obrigado!

*“Deixe-me ir
Preciso andar
Vou por aí a procurar
Rir pra não chorar
Quero assistir ao sol nascer
Ver as águas dos rios correr
Ouvir os pássaros cantar
Eu quero nascer, quero viver”
(CANDEIA, 1976)*

RESUMO

A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: A NECESSIDADE DE UMA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL

AUTOR: Henrique Cereser Schneider

ORIENTADOR: Luís Gustavo Durigon

A preocupação em punir rapidamente o infrator não é prerrogativa atual, mas remonta desde os tempos em que a punição era exercida por meio da vingança privada. Mais importante do que punir o indivíduo certo e de maneira proporcional, era punir imediatamente e de forma implacável. O processo penal surge para racionalizar o caminho até a punição, limitando-a. Obviamente, o caminho até a pena fica mais longo e demorado. O cenário atual é de um Poder Judiciário com um número imenso de processos e um número ínfimo de servidores/Juízes. A partir disso, surgem propostas de simplificações procedimentais e abreviação de formas processuais, inseridas na chamada barganha e justiça penal negocial. O discurso, no campo político-criminal, é no sentido de dar celeridade e eficiência ao Judiciário. No âmbito brasileiro, o exemplo mais recente de justiça penal negocial, deu-se com a implementação do acordo de não persecução penal, por meio da Lei nº 13.964/2019. O requisito que mais chama atenção para a celebração desse recente mecanismo negocial, é a necessidade de confissão por parte do imputado. Naturalmente, inúmeras implicações de ordem doutrinária, jurídica e social emanam do requisito obrigatório da confissão. O problema que origina a presente pesquisa, portanto, pode ser sintetizado no seguinte questionamento: Há razão de ser, constitucionalidade e valor probatório na confissão realizada estritamente para fins de celebração do acordo de não persecução penal? Diante dessa indagação, trilha-se a seguinte hipótese: A confissão realizada estritamente para fins de celebração do acordo de não persecução penal é um requisito inócuo, inconstitucional e sem qualquer valor probatório. O objetivo geral da presente pesquisa é investigar a razão de ser, a (in)constitucionalidade e o valor probatório, ou não, da confissão feita unicamente para fins de celebração do acordo de não persecução penal. Enquanto objetivos específicos, pode-se referir: a) analisar aspectos gerais da barganha e da justiça penal negocial, a partir de seus fundamentos de implementação no campo político-criminal, exemplos concretos de aplicação e princípios processuais envolvidos; b) compreender as origens da confissão; c) observar brevemente a carga probatória no devido processo penal democrático; e d) examinar o requisito da confissão frente a alguns problemas contemporâneos do acordo de não persecução penal, tais como a confissão de inocentes, o *overcharging* e o juiz das garantias. O método de abordagem empregado é o hipotético-dedutivo. Como método de procedimento, será utilizado o comparativo, a fim de comparar o acordo de não persecução penal com os outros mecanismos negociais penais. No que se referem às técnicas de pesquisa, toma-se como base a documentação indireta, a partir da pesquisa documental e bibliográfica. Ao final, o desenvolvimento da pesquisa permitiu confirmar a hipótese central, de que a confissão realizada estritamente para fins de celebração do acordo de não persecução penal é um requisito inócuo, inconstitucional e sem qualquer valor probatório.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Confissão. Barganha e Justiça Penal Negocial. Inconstitucionalidade. Valor probatório.

ABSTRACT

CONFESSION IN THE NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT: THE NEED FOR A CONSTITUTIONAL ADJUSTMENT

AUTHOR: Henrique Cereser Schneider

ADVISOR: Luís Gustavo Durigon

The preoccupation to quickly punish criminals is not present-day exclusive, but dates back to times when sanctioning was applied through private revenge. Immediate and ruthless punishments were more important than penalizing the correct individual in a proportional manner. Criminal Procedural Law arises in order to rationalize the path to the sanction, limiting it. Obviously, the path until the penalty becomes more lengthy and slower. The current scenario is that of a Judiciary Branch loaded with a huge amount of complaints and a negligible number of servers/Judges. From that, propositions of procedural simplification and abbreviation appear, inserted in what is called bargaining and negotiated criminal justice. The speech in the political-criminal field targets a rapid and efficient Judiciary Branch. In the Brazilian context, the most recent example of negotiated criminal justice is the implementation of the non-criminal prosecution agreement, introduced by the Law nº 13.964/2019. The most notorious requirement for the celebration of this new negotiating mechanism is the need for a confession of the inquired. Naturally, numerous doctrinal, legal, and social implications emerge from the confession obligatoriness. The problem that originates the present research, therefore, can be summarized by the following question: Is there *raison d'être*, constitutionality and probative value in the confession signed strictly for the celebration of the non-criminal prosecution agreement? Given this inquiry, the following hypothesis is set: the confession signed strictly for the celebration of the non-criminal prosecution agreement is an innocuous and unconstitutional requirement, with no probative value. The general goal of this study is to investigate the *raison d'être*, the (un)constitutionality and the (lack of) probative value of the confession sealed exclusively for the celebration of the non-criminal prosecution agreement. Specific goals are as follows: a) to analyze general aspects of the bargaining and of the negotiated criminal justice, as from the fundamentals of their implementation in the political-criminal field, with concrete examples of their application and of the related procedural principles; b) to understand the origins of the confession; c) to shortly examine the burden of proof in the due and democratic criminal process of law, and; d) to study the requirement of the signed confession with regards to some contemporary issues of the non-criminal prosecution agreement, such as innocents' confessions, overcharging and the judge of guarantees. The utilized approach method is the hypothetical-deductive method. As a procedure method, the comparative method is used, in order to contrast the non-criminal prosecution agreement with other criminal negotiating mechanisms. Concerning the research techniques, the indirect documentation is employed through documental and bibliographic research. In the end, the study's development allowed the confirmation of the central hypothesis that the confession signed strictly for the celebration of the non-criminal prosecution agreement is an innocuous and unconstitutional requirement, without any probative value.

Keywords: Non-Criminal Prosecution Agreement. Confession. Bargain and Negotiated Criminal Justice. Unconstitutionality. Probative Value.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DA BARGANHA E JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL	11
2.1	FUNDAMENTOS DE IMPLEMENTAÇÃO DA BARGANHA E JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO CAMPO POLÍTICO-CRIMINAL: CELERIDADE, EFICIÊNCIA, SIMPLIFICAÇÃO PROCEDIMENTAL E (DES)PENALIZAÇÃO	12
2.2	EXEMPLOS DE MECANISMOS NEGOCIAIS NO DIREITO ESTRANGEIRO: <i>PLEA BARGAINING</i> E <i>PATTEGGIAMENTO</i>	16
2.3	PRIMEIROS MECANISMOS NEGOCIAIS NO DIREITO BRASILEIRO: TRANSAÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO	20
2.4	ACORDOS SOBRE A SENTENÇA E A ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE/NECESSIDADE DA AÇÃO PENAL, OPORTUNIDADE E LEGALIDADE	24
3	ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	31
3.1	INTRODUÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: NATUREZA JURÍDICA E REQUISITOS	31
3.2	A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UM REQUISITO INÓCUO E DE ÍNDOLE MERAMENTE MORAL.....	36
3.3	A CONFISSÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL FRENTE AOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	40
4	A (IM)POSSIBILIDADE DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL SER UTILIZADA COMO PROVA	44
4.1	CARGA PROBATÓRIA NO DEVIDO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO E A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	44
4.2	VALOR PROBATÓRIO DA CONFISSÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM EVENTUAL PROCESSO CRIMINAL CONTRA O IMPUTADO.....	49
4.3	DIÁLOGO ENTRE A CONFISSÃO E OS PROBLEMAS CONTEMPORÂNEOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: CONFISSÃO DE INOCENTES, <i>OVERCHARGING</i> E JUIZ DAS GARANTIAS	53
5	CONCLUSÃO	58
	REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

“Como o tempo custa a passar quando a gente espera! Principalmente quando venta. Parece que o vento maneia o tempo”¹. A frase de Érico Veríssimo denuncia a dificuldade intransponível de lidar-se com a passagem do tempo. A imediatidade é pretendida a quase todo instante, sobretudo, em um mundo *ciber-físico*. Celeridade, eficiência e resultado são os três motes do momento e resumem bem a busca incessante por otimização/aceleração dos procedimentos humanos.

No campo do direito penal, a preocupação em punir rapidamente o infrator não é prerrogativa atual, mas remonta desde os tempos em que a punição era exercida por meio da vingança privada. Mais importante do que punir o indivíduo certo e de maneira proporcional, era punir imediatamente e de forma implacável. O processo penal surge para manear a punição, assim como o vento maneia o tempo. O Estado assume o controle, afastando a punição da esfera da vingança privada e impondo a necessidade de um processo para chegar-se à aplicação da pena (*nulla poena sine iudicio*).

A partir disso, o caminho até a punição fica mais longo e, conseqüentemente, mais demorado. O cenário atual é de um Poder Judiciário com um número imenso de processos e um número ínfimo de servidores/Juízes. Em matéria criminal, a pressão por solucionar rapidamente as demandas é potencializada. Afinal, para a sociedade, demorar é sinônimo de impunidade, ao passo que, julgar (leia-se condenar) rapidamente, é sinônimo de justiça.

Pressionados pelo anseio social punitivista ou talvez por interesses outros, surgem propostas de simplificação procedimental e abreviação de formas processuais. Tais propostas fazem parte da chamada barganha e justiça penal negocial. De maneira geral, os mecanismos negociais representam o afastamento do devido processo penal e do contraditório, por meio de procedimentos abreviados, que, ao final, impõem determinada punição ao suposto infrator, satisfazendo o *jus puniendi* do Estado.

Algumas experiências estrangeiras podem ser citadas, tais como o *plea bargaining* norte-americano e o *patteggiamento* italiano. O primeiro está inserido no sistema jurídico de *common law* e o segundo, na cultura jurídica da *civil law*. Em terras brasileiras, as primeiras experiências de justiça penal negocial vieram através da Lei nº 9.099/1995, com as figuras da transação penal e suspensão condicional do processo.

¹ VERISSIMO, Érico. Ana Terra - O continente I. In: VERISSIMO, Érico. **O tempo e o vento**. 3ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 31.

Em meados de 2019, a justiça penal negociada foi ampliada no Brasil, a partir da previsão do acordo de não persecução penal, inserido pela Lei nº 13.964. Sua previsão deu-se com a mesma roupagem político-criminal das outras figuras negociais, ou seja, emergiu com o discurso de busca por celeridade e eficiência, a fim de desafogar o Judiciário. Nesse sentido, cumpridos determinados requisitos e condições, o imputado pode celebrar o acordo e, com isso, não ter um processo penal movido contra si. Sem dúvidas, o requisito que mais chama atenção para a celebração desse recente mecanismo negociado é a necessidade de confissão por parte do imputado.

Naturalmente, inúmeras implicações de ordem doutrinária, jurídica e social emanam do requisito obrigatório da confissão. Questiona-se sua razão de ser, sua constitucionalidade e seu pretense valor probatório em eventual ação penal. Tais questionamentos demonstram a relevância científica, social e jurídica da temática, afinal, incontáveis acordos de não persecução penal estão sendo entabulados diariamente em todo o território nacional.

O problema que origina a presente pesquisa, portanto, pode ser sintetizado no seguinte questionamento: Há razão de ser, constitucionalidade e valor probatório na confissão realizada estritamente para fins de celebração do acordo de não persecução penal?

Diante dessa indagação, trilha-se a seguinte hipótese: A confissão realizada estritamente para fins de celebração do acordo de não persecução penal é um requisito inócuo, inconstitucional e sem qualquer valor probatório.

Levando isso em consideração, o objetivo geral da presente pesquisa é investigar a razão de ser, a (in)constitucionalidade e o valor probatório, ou não, da confissão feita unicamente para fins de celebração do acordo de não persecução penal. Enquanto objetivos específicos, tem-se: a) analisar os aspectos gerais da barganha e da justiça penal negociada, a partir de seus fundamentos de implementação no campo político-criminal, exemplos concretos de aplicação e princípios processuais envolvidos; b) comparar o acordo de não persecução penal com outras figuras negociais penais; c) compreender as origens da confissão; d) observar, brevemente, a carga probatória no devido processo penal democrático; e e) examinar o requisito da confissão frente a alguns problemas contemporâneos do acordo de não persecução penal, tais como a confissão de inocentes, o *overcharging* e o juiz das garantias.

O método de abordagem empregado é o hipotético-dedutivo. Tal método é fruto do modelo teórico desenvolvido por Karl Popper², o qual compreende que o conhecimento científico, a partir da combinação entre conhecimento empírico (hipotético) e racional

² POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1972.

(dedutivo), é provisoriamente não falso³. Ou seja, nessa metodologia, partem-se de certas experiências ou conhecimentos prévios sobre o tema, chegando-se ao problema de pesquisa, ao qual são elaboradas conjecturas, que devem ser submetidas ao teste de falseabilidade, a fim de solucionar o problema proposto. Com isso, a hipótese levantada anteriormente será falseada, para, ao final, ser refutada ou corroborada.

Relativamente ao método de procedimento, será utilizado o comparativo, com o objetivo de comparar o acordo de não persecução penal com os outros mecanismos negociais penais, verificando suas similitudes e explicando suas divergências.

No que se referem às técnicas de pesquisa, toma-se como base a documentação indireta, a partir da pesquisa documental e bibliográfica. Nesse sentido, serão analisados os seguintes documentos: doutrinas, trabalhos científicos e jurisprudências, visando conceituar as questões abordadas, bem como averiguar a repercussão do tema trabalhado no mundo jurídico.

Estruturou-se a pesquisa da seguinte forma: No primeiro capítulo foram abordados os fundamentos de implementação da barganha e justiça penal negocial no campo político-criminal, as principais experiências estrangeiras e as primeiras experiências brasileiras, bem como explicou-se o que são os acordos sobre a sentença, levando-se em consideração os princípios processuais penais aplicáveis, tais como a obrigatoriedade/necessidade da ação penal, a oportunidade e a legalidade. No segundo capítulo investigou-se a origem do acordo de não persecução penal, verificando sua implementação no ordenamento jurídico pátrio, sua natureza jurídica e seus requisitos, tudo isso com o objetivo de adentrar, especificamente, no estudo crítico da confissão como requisito obrigatório à celebração dessa recente figura negocial. No terceiro (e último) capítulo fez-se uma revisão a respeito da carga probatória no devido processo penal democrático e, em seguida, verificou-se o valor probatório, ou não, da utilização da confissão do acordo de não persecução penal em eventual processo criminal contra o imputado. Também no último capítulo, foram levantadas pequenas pílulas reflexivas sobre o requisito da confissão frente a algumas problemáticas atuais do acordo de não persecução penal, como a confissão de inocentes, o *overcharging* e o juiz das garantias.

³ HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 39.

2 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DA BARGANHA E JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL

Notadamente, a barganha e a justiça penal negocial são manifestações recentes nos ordenamentos jurídicos dos mais variados países. Suas histórias, na dogmática penal, são frutos de modernas construções argumentativas, inspiradas em anseios da sociedade contemporânea, que, na maioria das vezes, refletem uma busca incessante por celeridade, eficiência e resultado. Tal fusão (celeridade, eficiência e resultado), quando transportada ao processo penal, pode ocasionar ruídos sistêmicos e colidir com princípios/garantias já consolidados.

À par disso, cumpre investigar criticamente as origens dessas jovens figuras jurídicas (barganha e justiça penal negocial), levando em consideração: seus fundamentos de implementação no campo político-criminal; as principais experiências estrangeiras e as primeiras experiências brasileiras; os princípios processuais penais aplicáveis; e, ainda, a diferença entre os acordos sobre a sentença e os acordos penais brasileiros.

Antes, porém, cabe assentar, conceitualmente, o que quer dizer justiça penal negocial e barganha. Dentre os vários conceitos possíveis para defini-los, optou-se por utilizar o proposto por Vinicius Gomes de Vasconcellos⁴. Ao falar sobre o modelo da justiça criminal negocial, o autor a define como sendo um:

Modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes⁵.

Dentro desse modelo de justiça criminal negocial, referido por Vinicius Gomes de Vasconcellos, encontra-se a barganha, cujo conceito recai em:

Um instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado⁶.

⁴ Vinicius Gomes de Vasconcellos, atualmente Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), é um dos pesquisadores mais reconhecidos no tema. Sua Monografia intitulada “Barganha e Justiça Criminal Negocial” foi a vencedora do 19º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM. Informações retiradas do currículo lattes do autor. Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/9628659956663949>. Acesso em: 25 out. 2023.

⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 209 e 210.

⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 210.

De certo modo, portanto, o modelo de justiça criminal negocial é gênero, do qual a barganha é espécie. Ou seja, a barganha está inserida dentro do modelo de justiça criminal negocial. Na barganha há um acordo/consenso entre as partes, em que o réu renuncia à defesa e confessa o delito, em troca de algum benefício. Obviamente, os conceitos propostos são gerais e, portanto, não abrangem todas as especificidades das diferentes figuras negociais, mas servem de base para analisá-las.

Dito isso, inicia-se o estudo sugerido.

2.1 FUNDAMENTOS DE IMPLEMENTAÇÃO DA BARGANHA E JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO CAMPO POLÍTICO-CRIMINAL: CELERIDADE, EFICIÊNCIA, SIMPLIFICAÇÃO PROCEDIMENTAL E (DES)PENALIZAÇÃO

Sobrecarregamento do judiciário. Excesso de processos. Lentidão nos julgamentos. Impunidade. Temas que são quase diariamente veiculados nos canais de comunicação. Não por acaso, o imaginário popular já incorporou o senso comum de que a estrutura judiciária é incapaz de atender os anseios sociais (punitivistas) e, por isso, é vista como um terreno fértil para a impunidade. Nesse cenário, ganha força o discurso de que a criminalidade organizada e a violência precisam ser combatidas com eficiência⁷ e celeridade.

Para se ter ideia da dimensão do número de processos criminais no Brasil, somente no ano de 2022 ingressaram 3,1 milhões novos casos criminais no Poder Judiciário, sendo “2,4 milhões (63,8%) na fase de conhecimento de primeiro grau, 19,4 mil (0,5%) nas turmas recursais, 597,4 mil (16,1%) no segundo grau e 142,3 mil (3,8%) nos Tribunais Superiores”⁸. Em contrapartida, o número total de magistrados (incluindo juízes, desembargadores e ministro) soma o montante de 18.117⁹. Em matéria penal, por óbvio, o número de magistrados é consideravelmente menor, tendo em vista que nem todos atuam na área.

Considerando o grande número de processos penais e o baixo efetivo de magistrados, o resultado perseguido é “punir rapidamente sem a realização do demorado processo penal”¹⁰.

⁷ BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 104, ano 21, p. 147-171, set.-out. São Paulo, 2013, p. 154.

⁸ CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2023**. Brasília: CNJ, 2023, p. 224. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em: 25. out. 2023.

⁹ CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2023**. Brasília: CNJ, 2023, p. 71. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em: 25. out. 2023.

¹⁰ BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 104, ano 21, p. 147-171, set.-out. São Paulo, 2013, p. 154.

Afinal, o devido processo penal é tido, por alguns, como excessivamente “garantista”, moroso e custoso¹¹. O cumprimento rigoroso de todas as etapas processuais penais - em respeito às garantias do imputado - é visto como um obstáculo à rápida resposta que a sociedade clama. Não basta a punição, é necessário que ela seja imediata e, se possível, instantânea.

Surgem, a partir disso, propostas de simplificações procedimentais¹², visando dar celeridade e eficiência ao processo penal. As figuras negociais são um exemplo claro da ampla tendência, no campo político-criminal, de aceleração e diversificação processual, ao introduzirem “opções alternativas à necessidade de realização do procedimento ordinário com respeito a todas as regras do devido processo”¹³.

Ocorre que, ao simplificar procedimentos, abreviar prazos e contornar as formas, irrompe-se inegável problema, pois, “no processo penal, a forma é garantia, enquanto limite ao poder punitivo estatal”¹⁴. Claramente, há um tensionamento das garantias constitucionais ocasionado pelo discurso de simplificação, celeridade, eficiência e produção¹⁵. Ao condensar o processo penal, é difícil atingir a mesma cautela que o legislador teve ao criar todas as formas processuais, tendo em vista que, algumas garantias do imputado só são possíveis de serem asseguradas a partir do contraditório e do devido processo penal.

Aury Lopes Jr. sintetiza bem esse quadro, ao referir que:

A justiça negociada está atrelada à ideia de eficiência (viés economicista), de modo que as ações desenvolvidas devem ser eficientes, para com isso chegarmos ao “melhor” resultado. O resultado deve ser visto no contexto de exclusão (social e penal). O indivíduo já excluído socialmente (por isso desviante) deve ser objeto de uma ação efetiva para obter-se o (máximo e certo) apenamento, que corresponde à declaração de exclusão jurídica. Se acrescentarmos a esse quadro o fator tempo – tão importante no controle da produção, até porque o deus-mercado não pode esperar –, a eficiência passa a ser mais uma manifestação (senão sinônimo) de exclusão¹⁶.

¹¹ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 50. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 11 out. 2023.

¹² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 23.

¹³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 213.

¹⁴ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 20. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 11 out. 2023.

¹⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 99. *E-book*. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 11 out. 2023.

¹⁶ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 83. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 11 out. 2023.

De certo modo, a justiça penal negociada e a barganha contrariam séculos de longa construção dogmática na busca pelo devido processo penal, o qual, desde o início, teve como objetivo acabar com a vingança privada e legitimar o *jus puniendi* do Estado¹⁷. Com a implementação das figuras negociais, o caminho para a aplicação da pena é reduzido, de tal forma que se dispensa até mesmo o devido processo penal e o contraditório. Criam-se verdadeiros atalhos processuais em nome da celeridade e eficiência.

A limitação do poder punitivo do Estado se vê prejudicada, tendo em conta a inversão nos papéis dos autores processuais¹⁸. O órgão acusador se torna o responsável pela imposição das medidas que vinculam o imputado à figura negociada, determinando a quem, quando e como se dará a aplicação da pena. Em outras palavras, o “Ministério Público assume as funções típicas do órgão julgador”¹⁹. O Juiz, por seu turno, se limita a função de mero homologador do acordo²⁰, verificando os requisitos formais, sem adentrar no mérito da questão, em atividade quase que automática. Lado outro, o réu sai da sua característica posição de resistência, já que nos institutos negociais não há espaço para o contraditório, o que evidencia a obstaculização do direito de defesa²¹.

Tal cenário é revelador da disparidade de armas entre os atores processuais, pois, “ao assumir (artificialmente e ilegitimamente) as funções do julgador, o acusador público desvirtua por completo qualquer possibilidade de igualdade e paridade de armas entre as partes na justiça criminal”²². Como se percebe, as figuras negociais potencializam “traços autoritários em aspectos fundamentais do processo penal”²³. Isso acaba colocando em xeque outro fundamento utilizado para a implementação da justiça penal negociada, qual seja, o de que os mecanismos negociais teriam caráter despenalizador.

¹⁷ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 20. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 11 out. 2023.

¹⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 26.

¹⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 103.

²⁰ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 50. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 11 out. 2023.

²¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 184.

²² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 183.

²³ GIACOMOLLI, Nereu. José.; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de *Justiça Criminal Negocial: Crítica À Fragilização Da Jurisdição Penal Em Um Cenário De Expansão Dos Espaços De Consenso No Processo Penal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 20, n. 3, p. 1108–1134, 2015, p. 1125. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/8392>. Acesso em: 31 out. 2023.*

Ao serem retirados importantes freios do poder punitivo Estatal, por meio da abreviação de etapas processuais, em desobediência ao devido processo penal e ao contraditório, os institutos negociais não significam um passo para a despenalização do sistema penal. Ao contrário, em termos gerais, tais institutos significam um aumento considerável do poder punitivo Estatal, na medida em que a pretensão acusatória se vê satisfeita com sua utilização.

Contrariamente ao que é noticiado e defendido com frequência, o panorama é de expansão - e não redução - do Direito Penal, impulsionada, sobretudo, pela “instrumentalização funcional simbiótica que possibilita a indevida dilatação do controle estatal por meio do poder punitivo”²⁴. No campo brasileiro, por exemplo, a transação penal e a suspensão condicional do processo representaram o ressurgimento de casos que, até então, não eram processados criminalmente²⁵. Sobre essa nova tutela penal dos crimes de menor potencial ofensivo, interessante é a lição de Ricardo Jacobsen Gloeckner, segundo o qual:

O conceito de crime de menor potencial ofensivo, em sua lógica perversa, invocou os já esquecidos delitos bagatelares, que por custo, efetividade e proporcionalidade entre o delito e a pena, não eram dignos de ser processados. Todavia, ao escamotear-se o conceito de pena, operou-se uma espécie de repriminção desses mesmos delitos, recriando novamente o processamento, agora flexibilizado dos mesmos, eis que o delito já não será punido com uma pena privativa de liberdade. E, assim, as garantias passam a ser despiciendas, erigindo-se um nítido cariz administrativizado à seara penal, através do consensualismo²⁶.

Trazendo a questão para o acordo de não persecução penal, o horizonte é parecido. O delito, tal qual na suspensão condicional do processo e na transação penal, não será punido com uma pena privativa de liberdade, mas sim, com outras medidas, efetivando o movimento da administratização da justiça criminal²⁷. O fato de o imputado não cumprir uma pena privativa de liberdade, não quer dizer que o Estado está deixando de exercer seu poder punitivo. Isso porque, o imputado deve, obrigatoriamente, cumprir as condições impostas no acordo, sob pena de ser processado criminalmente. Há, com efeito, a satisfação da pretensão acusatória e o exercício do poder punitivo Estatal.

²⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 18.

²⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 197.

²⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**. Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 302.

²⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira; acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 166, ano 28. p. 241-271. São Paulo: Ed. RT, abril 2020, p. 262.

Verifica-se que, o argumento de despenalização não traduz a realidade. A verdade é que os mecanismos negociais, de uma forma geral, “são instrumentos de expansão do poder punitivo, que se concretizam com o objetivo de impor uma punição célere e inquestionável, de modo que os atores envolvidos restam instrumentalizados por tal pretensão”²⁸.

A celeridade e a eficiência operam para o exercício acelerado e utilitarista do poder punitivo Estatal, e não para a real despenalização do sistema penal. Dito de outro modo, a implementação das figuras negociais não busca a mudança de paradigmas na criminologia e no Direito Penal, mas sim, uma resposta rápida aos delitos praticados (atendendo aos anseios sociais punitivistas), nem que para isso seja necessário sacrificar garantias constitucionais do imputado.

Isso posto, é hora de examinar algumas experiências estrangeiras, nas quais foram implementados institutos negociais.

2.2 EXEMPLOS DE MECANISMOS NEGOCIAIS NO DIREITO ESTRANGEIRO: *PLEA BARGAINING* E *PATTEGGIAMENTO*

Notadamente, o *plea bargaining* norte-americano é um dos mecanismos negociais mais influentes no direito processual penal contemporâneo. Dentre os vários conceitos utilizados para defini-lo, John Langbein afirma que o “*plea bargaining* ocorre quando o promotor induz o acusado criminalmente a confessar sua culpabilidade e renunciar ao seu direito ao julgamento em troca de uma punição mais branda do que aquela que a ele seria imposta se fosse condenado ao final do processo”²⁹.

Nesse modelo, inserido na cultura jurídica da *common law*³⁰, a discricionariedade e o poder de barganhar do Ministério Público são amplos, de modo que a negociação entre o promotor e o réu pode recair sobre “a retirada de algumas das imputações ou capitulação dos fatos como delito de menor gravidade (*charge bargaining*), concordância do acusador em uma

²⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 202.

²⁹ LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. **The University of Chicago Law Review**, v. 46, n. 1, p. 3-22, 1978, p. 8 (tradução nossa). No original: “Plea bargaining occurs when the prosecutor induces a criminal accused to confess guilt and to waive his right to trial in exchange for a more lenient criminal sanction than would be imposed if the accused were adjudicated guilty following trial”.

³⁰ NARDELI, Marcela Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargainig* norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 14, nº 1, p. 331-365, 2014, p. 335. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/936/showToc>. Acesso em: 11 out. 2023.

pena reduzida ou na concessão de benefícios como a *probation (sentence bargaining)*³¹. Ou seja, há possibilidade de negociar “a acusação em si (*charge bargaining*), a sua quantidade (*count bargaining*), os fatos imputados (*fact bargaining*), e a própria sentença (*sentence bargaining*)”³².

O principal aspecto reside no acusado renunciar o direito ao julgamento através do *full trial*³³, reconhecendo sua culpabilidade (*guilty plea*), mediante a confissão e, assim, obter a barganha oferecida pelo órgão acusador. Estima-se que, nos Estados Unidos, cerca de 95% dos casos penais estaduais e federais são resolvidos por meio de acordos dessa natureza³⁴.

Não é preciso ir longe para notar que o *plea bargaining* viola o princípio da jurisdição, porquanto, “o exercício do poder de penar não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e da sua discricionariedade”³⁵. A lógica do processo penal enquanto limitador do poder punitivo Estatal é afastada por completo, pois, de um lado, desconsidera-se o princípio da obrigatoriedade/necessidade da ação penal e, de outro, consagra-se ao extremo o princípio da oportunidade.

Inúmeras problemáticas já foram percebidas no *plea bargaining*, dentre as quais destaca-se a coação para a realização do acordo, seja ela direta ou indireta. A primeira (coação direta), ocorre quando o órgão acusador força o acusado a confessar o delito e, conseqüentemente, a celebrar o acordo, sob pena de o incriminar por delito mais grave em futura ação penal, prática conhecida como *overcharging*³⁶. A segunda (coação indireta), é a inerente à própria proposta de barganha, “diante da inevitável ameaça de uma punição mais severa se houver recusa e

³¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 67.

³² GONTIJO, Maria Letícia Nascimento. **O acordo de não persecução penal com instrumento da justiça negocial penal** – análise dos mecanismos de controle à vontade do ministério público. Orientador: Vinicius Gomes de Vasconcellos. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021, p. 49. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3175>. Acesso em: 11 out. 2023.

³³ GONTIJO, Maria Letícia Nascimento. **O acordo de não persecução penal com instrumento da justiça negocial penal** – análise dos mecanismos de controle à vontade do ministério público. Orientador: Vinicius Gomes de Vasconcellos. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021, p. 49. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3175>. Acesso em: 11 out. 2023.

³⁴ DEVERS, Lindsey. **Research Summary: plea and charge bargaining**. Bureau of Justice Assistance. U.S. Department of Justice, Arlington, jan. 2011. Disponível em: <https://bja.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh186/files/media/document/PleaBargainingResearchSummary.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

³⁵ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 50. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 11 out. 2023.

³⁶ MONTEIRO, Pedro. O *overcharging* e o acordo de não persecução penal. **Conjur**, 24 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-24/monteiro-overcharging-acordo-naopersecucao-penal>. Acesso em: 29 maio 2023.

exercício do direito ao julgamento”³⁷. A coercibilidade da proposta faz crescer, portanto, o número de confissão de inocentes, que temem por punição mais severa, caso levem o processo penal adiante³⁸, ou melhor, caso exerçam o direito ao devido processo penal e ao contraditório.

Sabe-se que o *plea bargaining* tem raízes na *common law*, sistema adversarial conhecido por ter as partes como protagonistas³⁹ e o Juiz com uma postura mais inerte. Tal tradição adversarial (*common law*) favorece a implementação de mecanismos negociais, na medida em que promove maior autonomia ao Ministério Público e ao réu. Nos países marcados pela *civil law*, as figuras negociais penais são difíceis de se amoldarem aos ordenamentos jurídicos pátrios, uma vez que “o papel dominante é desempenhado pelo Juiz”⁴⁰ - e não pelas partes.

Acontece que, com o passar do tempo, alguns Estados, de tradição continental (*civil law*), foram prevendo institutos negociais que se aproximavam do sistema adversarial⁴¹. Um exemplo disso é a Itália, cujo Código de Processo Penal foi alterado algumas vezes para a introdução de mecanismos de simplificação processual⁴², tais como: *giudizio abbreviato*; *giudizio immediato*; *giudizio direttissimo*; procedimento *per decreto*; e, ainda, *patteggiamento*⁴³.

Tendo em vista os objetivos do presente trabalho, analisar-se-á apenas o último (*patteggiamento*), dada sua similitude com o *plea bargaining*. Da mesma forma que neste, no *patteggiamento*, as partes também negociam a pena aplicada, isto é, “o acusador, com o consentimento do acusado (ou vice-versa), propõe ao juiz a aplicação antecipada de pena

³⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 91.

³⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 144.

³⁹ NARDELI, Marcela Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargainig* norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 14, nº 1, 2014, p. 331-365, p. 337. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/936/showToc>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁴⁰ NARDELI, Marcela Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargainig* norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 14, nº 1, p. 331-365, 2014, p. 338. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/936/showToc>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁴¹ NARDELI, Marcela Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargainig* norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 14, nº 1, p. 331-365, 2014, p. 354. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/936/showToc>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁴² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPRELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 15, n.15, p. 435- 453, 2015, p. 443. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/1027/showTop>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁴³ FRANCO, José Henrique Kaster. O que a justiça consensual italiana tem a ensinar ao Brasil: *patteggiamento* e Projeto Moro. **Revista Judiciária do Paraná**. Curitiba, ano XV, n.19, p. 209-242, 2020, p. 214. Disponível em: <http://www.xn--associaoportuguesadedireitodoconsumo48c5m.pt/Revista-Judici%C3%A1ria-do-Paran%C3%A1.pdf#page=210>. Acesso em: 11 out. 2023.

alternativa à prevista ou mesmo da própria pena prevista acrescida de uma redução de um terço”⁴⁴.

Muito embora sejam inegáveis os traços com a *common law*, há, no *patteggiamento*, um “controle judicial mais atuante acerca da regularidade e do cabimento do acordo”⁴⁵, o que revela sua identidade com o sistema continental. Exemplificando, na figura italiana, ao contrário da ampla discricionariedade do promotor no modelo estadunidense, é necessário que o Ministério Público motive a decisão do cabimento da figura negocial ou justifique a sua recusa⁴⁶. Neste último caso, os motivos da recusa serão avaliados pelo Juiz, “que, se entendê-la injustificada, assegurará a redução solicitada pelo acusado”⁴⁷. Outro ponto marcante é que, no instituto italiano, o “imputado não está obrigado a confessar a prática do crime”⁴⁸. A partir disso:

(...) ao considerar a proposta de barganha, o julgador pode inclusive absolver o acusado, mesmo diante da conformidade defensiva com a imposição da pena. Ou seja, não se trata de um reconhecimento de culpabilidade ao estilo do *guilty plea* norte-americano, que acarreta automaticamente a condenação do imputado, mas um requerimento ao juiz para que analise o caso e verifique a adequação do acordo proposto⁴⁹.

Como se vê, o *plea bargaining* e o *patteggiamento* são institutos parecidos, mas que guardam particularidades relacionadas aos seus respectivos sistemas jurídicos. Outros

⁴⁴ NARDELI, Marcela Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargain norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP, Rio de Janeiro, v. 14, nº 1, p. 331-365, 2014, p. 355. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/936/showToc>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁴⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPRELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP, Rio de Janeiro, v. 15, n.15, p. 435- 453, 2015, p. 446. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/1027/showTop>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁴⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPRELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP, Rio de Janeiro, v. 15, n.15, p. 435- 453, 2015, p. 446. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/1027/showTop>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁴⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPRELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP, Rio de Janeiro, v. 15, n.15, p. 435- 453, 2015, p. 446. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/1027/showTop>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁴⁸ FRANCO, José Henrique Kaster. O que a justiça consensual italiana tem a ensinar ao Brasil: patteggiamento e Projeto Moro. **Revista Judiciária do Paraná**. Curitiba, ano XV, n.19, p. 209-242, 2020, p. 219. Disponível em: <http://www.xn--associaoportuguesadedireitodoconsumo48c5m.pt/Revista-Judici%C3%A1ria-do-Paran%C3%A1.pdf#page=210>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁴⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPRELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP, Rio de Janeiro, v. 15, n.15, p. 435- 453, 2015, p. 446. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/1027/showTop>. Acesso em: 11 out. 2023.

mecanismos negociais poderiam ser estudados, a exemplo do *absprachen* Alemão⁵⁰. Optou-se, contudo, por examinar apenas as figuras estadunidense e italiana, haja vista que foram a maior fonte de inspiração para a implementação do acordo de não persecução penal no Brasil – país de tradição continental (*civil law*).

Passa-se, assim, à análise das primeiras experiências negociais no cenário brasileiro, sendo que o estudo do acordo de não persecução penal será realizado posteriormente, no segundo capítulo.

2.3 PRIMEIROS MECANISMOS NEGOCIAIS NO DIREITO BRASILEIRO: TRANSAÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A introdução dos mecanismos negociais brasileiros veio com o mesmo pano de fundo das figuras negociais estrangeiras supramencionadas, despontando com o movimento de aceleração do processo penal⁵¹. Sob o discurso de celeridade e eficiência, criaram-se as figuras da Lei nº 9.099/1995. Tal conclusão não é especulativa, mas decorre da própria exposição de motivos da referida legislação, a saber:

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

[...]

Não se olvidou a experiência brasileira dos Juizados Especiais de Pequenas Causas civis, que tantos benefícios vêm prestando à denominada "Justiça menor" e nos quais tantas esperanças se depositam para a agilização e desburocratização da Justiça. Nem se deixaram de lado os excelentes resultados colhidos pelos Juizados ou Conselhos Informais de Conciliação, em que se pôde constatar o aporte positivo dos conciliadores para exercício de função que não tem natureza jurisdicional e que por isso mesmo convém fique separa e afeta a pessoas distintas do juiz togado, que se limita a supervisionar a atividade conciliativa.

Algumas palavras-chave emanam do texto, tais como “procedimento oral”, “desburocratização”, “simplificação da justiça” e “procedimento sumaríssimo”. Essas palavras

⁵⁰ Sobre isso, ver: GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 318. *E-book*. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁵¹ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 19. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 11 out. 2023.

refletem a tônica da lei na busca por agilidade e eficiência, com vistas à abreviação das formas do “moroso” processo penal⁵². Quanto ao discurso eficientista e utilitarista, no campo político-criminal, para a implementação da Lei nº 9.099/1995, cabíveis são as críticas dirigidas no item 2.1, capítulo ao qual remete-se ao leitor, a fim de evitar desnecessária repetição.

Mas, um dos aspectos que mais chama atenção na exposição de motivos é sua inspiração em um instituto do direito civil, qual seja, o Juizado Especial de Pequenas Causas Cíveis. Preocupa a importação de experiências do direito civil e processual civil para o direito penal e processual penal, tendo em vista que o caráter instrumental do processo penal é bem mais acentuado do que no processo civil⁵³. Em outros termos, no direito processual penal, a forma é vista como garantia enquanto limitadora do poder punitivo estatal, pois:

(...) aqui se exerce o poder de punir em detrimento da liberdade. É um poder limitado e condicionado, que precisa se legitimar pelo respeito às regras do jogo. Logo, não se deve importar a tal “instrumentalidade das formas” e “informalismo processual”, pois aqui o fenômeno é completamente diferente⁵⁴.

Por isso, a transmissão de mecanismos do processo civil deve ser vista com cautela e, se possível, evitada, ainda mais quando se trata de condensar e abreviar formas processuais, dada a manifesta natureza instrumental do processo penal. O processo penal é quem limita e legitima o *jus puniendi* do Estado⁵⁵, razão pela qual não pode ser banalizado. Entendimento em sentido contrário seria recair em flagrante retrocesso e inegável aproximação com o período no qual a punição era exercida através da vingança privada⁵⁶ - sem qualquer limitação ou forma.

Também é verdade que, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, inciso I, previu a criação de juizados especiais para as infrações penais de menor potencial ofensivo:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

⁵² LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 50. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁵³ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 23. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁵⁴ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 25. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁵⁵ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 15. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁵⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 468. *E-book*. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 11 out. 2023.

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Pela redação do inciso é possível perceber a despreocupação do legislador em tratar com distinção os ramos do direito civil e penal, longe de qualquer análise mais profunda sobre a importância das formas processuais no processo penal. Diferentemente do que ocorre no processo civil, em que tais formas podem ser relativizadas sem maiores prejuízos, no processo penal viu-se que elas têm especial relevância e razão de ser. Ao impor a criação de juizados especiais para “o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo”⁵⁷, o legislador constituinte deixa claro que seu único objetivo é a sumarização dos procedimentos, sem se preocupar com as peculiaridades de cada área do direito civil e penal.

De toda sorte, a Lei nº 9.099/1995 acabou concretizando o texto constitucional em matéria penal, passando a regular as figuras da transação penal e suspensão condicional do processo.

Quanto a primeira, transação penal, seu conteúdo está organizado no artigo 76 da Lei nº 9.099/1995⁵⁸. A transação penal é cabível nos crimes de menor potencial ofensivo⁵⁹. Nesse sentido, cumpridos os requisitos legais, cabe ao Ministério Público propor a imediata aplicação de uma pena restritiva de direitos ou multa (art. 76, *caput*). Tal proposta, se aceita pelo

⁵⁷ Artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

⁵⁸ Nestes termos: “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁹ Artigo 61 da Lei nº 9.099/95, nestes termos: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

imputado, deverá ser homologada pelo Juiz, o qual apreciará sua legalidade (§3º). Em caso de descumprimento do acordo pelo imputado, os autos devem retornar ao Ministério Público para oferecimento de denúncia, não havendo que se “falar em conversão em pena privativa de liberdade”⁶⁰.

Já a suspensão condicional do processo vem disciplinada no artigo 89 da Lei nº 9.099/1995⁶¹. O referido instituto é limitado apenas aos crimes cuja pena mínima cominada for inferior a um ano, sendo que sua proposta, pelo Ministério Público, ocorre quando do oferecimento da denúncia (art. 89, *caput*). Nesse caso, preenchidos os demais requisitos legais e aceita a proposta pelo acusado, após a homologação do Juiz, o processo ficará suspenso por um período de dois a quatro anos, tempo em que não corre a prescrição (§6º). Durante esse período, é necessário que o acusado cumpra as condições estipuladas, mas, não as cumprindo, isso “não acarretará sua prisão, fazendo apenas com que o processo volte a tramitar a partir de onde parou”⁶².

Vê-se que, muito embora a transação penal e a suspensão condicional do processo não obriguem a confissão delitiva pelo imputado, são mecanismos negociais que concretizam o poder de punir do Estado e representam sua expansão⁶³. Para além disso, são institutos que correm à margem do devido processo penal e do contraditório, circunstância que, inegavelmente, requer cuidado.

⁶⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 221. *E-book*. ISBN 9786553626072. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626072/>. Acesso em: 25 out. 2023.

⁶¹ *In verbis*: “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

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

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

II - proibição de frequentar determinados lugares;

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 358. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁶³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 202.

Há, ainda, forte discussão a respeito da obrigatoriedade, ou não, da propositura desses mecanismos, em caso de satisfação de todos os requisitos legais. Em outras palavras, discute-se se a oferta da transação penal e suspensão condicional do processo seria uma mera faculdade do Ministério Público, dentro de sua discricionariedade, ou se se trataria de um direito subjetivo do imputado e, conseqüentemente, um poder-dever do agente ministerial. Tal ponto será abordado no próximo tópico, quando da análise dos princípios da obrigatoriedade da ação penal, oportunidade e legalidade (item 2.4).

O que se quis demonstrar, até aqui, é que tais institutos representaram a “paulatina expansão dos espaços de consenso no campo jurídico-penal brasileiro”⁶⁴, sendo a consolidação da moderna tendência de barganha e justiça penal negocial no país.

2.4 ACORDOS SOBRE A SENTENÇA E A ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE/NECESSIDADE DA AÇÃO PENAL, OPORTUNIDADE E LEGALIDADE

Os mecanismos negociais estrangeiros analisados até aqui (*plea bargaining* e *patteggiamento*) guardam uma diferença crucial em relação aos institutos negociais brasileiros (suspensão condicional do processo, transação penal e acordo de não persecução penal), uma vez que aqueles são verdadeiros acordos sobre a sentença⁶⁵, ao passo que estes não gozam dessa característica.

Explica-se.

Os acordos sobre a sentença, a exemplo do *plea bargaining* e *patteggiamento*, possuem os mesmos efeitos de uma sentença condenatória ou são equiparáveis a ela, razão pela qual autorizam a efetiva aplicação de uma pena privativa de liberdade⁶⁶. Em contrapartida, todas as figuras negociais estabelecidas no direito brasileiro são de natureza não condenatória, pois não geram antecedentes criminais ou reincidência, nem autorizam a imposição de uma pena privativa de liberdade.

No caso brasileiro, o Juiz apenas homologa o acordo, que não gera antecedentes, nem reincidência. Se, ao final, o imputado cumpri-lo, terá extinta sua punibilidade. Do contrário,

⁶⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 110.

⁶⁵ Sobre os “acordos sobre a sentença”, ver: DE-LORENZI, Felipe da Costa. **Justiça Negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

⁶⁶ DE-LORENZI, Felipe da Costa. **Justiça Negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença**. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 65.

será processado criminalmente e, somente após o trânsito em julgado, poderá ser definitivamente condenado, com os efeitos característicos de uma sentença criminal.

Naturalmente, as críticas direcionadas aos acordos sobre a sentença são mais acentuadas do que as dirigidas aos mecanismos negociais brasileiros, afinal, naqueles há a imposição de uma pena, em sentido material⁶⁷, sem o devido processo penal e o contraditório. Em contrapartida, nas figuras negociais brasileiras, muito embora não haja a imposição de uma pena privativa de liberdade, são figuras que também trazem efeitos penais ao imputado, a exemplo de que, se o imputado optar por celebrar o mecanismo negocial, fica impossibilitado de celebrá-lo novamente por determinado período previsto em lei.

Não obstante a isso, nos acordos sobre a sentença, a própria lógica da teoria do crime para a resolução de infrações penais é afetada, pois, conforme as lições de Felipe da Costa De-Lorenzi, Guilherme Francisco Ceolin e Bruno Tadeu Buonicore:

A teoria do crime é um método de aplicação de normas a fatos que tem por base a busca histórica por uma aplicação justa e uniforme da legislação penal. Para sua utilização, porém, faz-se necessário que sejam produzidas provas acerca das circunstâncias relevantes do fato e de seu autor. Essa lógica é afetada de duas formas. Primeiro, porque a incorporação de acordos traduz uma opção político-criminal por favorecer a eficiência processual em detrimento da resolução materialmente correta e juridicamente segura do caso em conformidade com as normas penais. Nos acordos, a estrita aplicação da lei penal pelos tribunais cede em favor de uma solução que é, em maior ou menor nível, negociada pelas partes — e, portanto, não corresponde a um parâmetro fixo de valoração prévia e objetivamente estabelecido. Segundo, porque um dos focos dos acordos é afastar uma profunda, controvertida e demorada produção probatória pelas partes, substituindo-a por uma resposta célere e consensual. Com isso, reduz-se a base fática sobre a qual a teoria do crime deverá incidir, dificultando a análise dos pressupostos do crime e da espécie delitiva⁶⁸.

Ao encurtar o caminho até a pena, celebrando o acordo sobre a sentença e suprimindo o devido processo penal, ocorre considerável perda de substrato probatório, na medida em que o acordo é baseado em provas colhidas em sede de investigação, sem o crivo judicial e longe do contraditório. Tal crítica é aplicável aos institutos negociais brasileiros, porquanto, muito embora não representem acordos sobre a sentença, também são baseados unicamente nas provas produzidas no inquérito policial. Essa circunstância faz com que, muitas vezes, inexista a devida observância da justa causa pelo órgão acusador.

⁶⁷ DE-LORENZI, Felipe da Costa. **Justiça Negociada e fundamentos do direito penal**: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 35.

⁶⁸ DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco; BUONICORE, Bruno Tadeu. As relações de complementaridade entre direito penal, direito processual penal e política criminal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 13, ed. 1, p. 20-40, abril 2023, p. 32 - 33.

E se, por um lado, é verdade que os mecanismos negociais brasileiros (suspensão condicional do processo, transação penal e acordo de não persecução penal) não carregam os mesmos traços de uma sentença condenatória, porque não geram antecedentes ou reincidência, nem privam de liberdade o imputado. Por outro, não quer dizer que eles sejam institutos despenalizadores, já que, conforme dito no item 2.1, satisfazem a pretensão acusatória e representam a expansão do poder punitivo do Estado⁶⁹.

De toda sorte, “a situação brasileira ainda está longe dos percentuais altíssimos de condenações obtidas por acordos que ocorrem no modelo estadunidense; contudo, a tendência de expansão dos espaços de consenso no nosso processo penal é marcante”⁷⁰. Sobre essa tendência inexorável de ampliação dos espaços de consenso, Aury Lopes Jr. assevera que:

Começou timidamente no Brasil em 1995, com a Lei n. 9.099 e seus institutos de transação penal e suspensão condicional do processo (além da composição dos danos civis), e foi se expandindo através da delação premiada e, mais recentemente, com o “acordo de não persecução penal” recepcionado pelo art. 28-A do CPP (com a nova redação dada pela Lei n. 13.964/2019)⁷¹.

O mesmo autor revela que “se fizermos um estudo dos tipos penais previstos no sistema brasileiro e o impacto desses instrumentos negociais, o índice supera a casa dos 70% de tipos penais passíveis de negociação, de acordo”⁷². Como se percebe, a justiça penal negocial no Brasil já é uma realidade consolidada.

Até o momento, não há acordos sobre a sentença no Brasil, mas projetos com esse teor já foram apresentados⁷³ e, certamente, outros ainda serão. Tudo isso faz acender um alerta para a questão, afinal, “uma negociação dessa magnitude representa o fim do processo penal

⁶⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 202.

⁷⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça Criminal Negocial e Direito de Defesa: Os acordos no processo penal e seus limites necessários. **Boletim Especial Justiça Penal Negocial**, ano 29, p. 7-9, jul. 2021, p. 7. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/749/2>. Acesso em: 31 out. 2023.

⁷¹ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 49. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁷² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 93. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁷³ A exemplo do projeto de lei do Senado Federal 156/2009, prevendo a reforma global do Código de Processo Penal e o projeto de lei do Senado do Federal 236/2012, dispendo sobre a reforma global do Código Penal, sendo que ambos os projetos introduzem espaços de consenso que abrem a possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade sem o rito processual ordinário. PLS 156/2009 - Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 14 nov. 2023. PLS 236/2012 - Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 14. nov. 2023.

brasileiro, na medida em que legitima em larguíssima escala a “aplicação de pena privativa de liberdade sem processo” (o que é absolutamente inconstitucional)”⁷⁴.

Tanto os acordos sobre a sentença quanto as figuras negociais brasileiras merecem uma análise principiológica aprofundada, tendo em vista que, inegavelmente, causam impacto em princípios basilares do processo penal, tais como os princípios da obrigatoriedade/necessidade da ação penal, da oportunidade e da legalidade.

Inicialmente, constata-se que o processo penal nasceu para suprimir a vingança privada e implementar critérios de justiça⁷⁵. Ou seja, foi o mecanismo encontrado para evitar a vingança feita pelas próprias mãos, eliminar a autotutela e impedir a dominação do mais forte sobre o mais fraco⁷⁶ - componentes que eram os atributos da sociedade na época. O Estado, portanto, assumiu o protagonismo no âmbito criminal, racionalizando a forma de aplicação da sanção penal⁷⁷.

Não à toa, fala-se que a evolução do processo penal está diretamente ligada com a própria evolução da pena, refletindo a estrutura estatal daquele período⁷⁸. Conforme a maturidade política da organização do Estado de Direito, o grau de violência institucional será maior ou menor⁷⁹. Em um Estado Democrático de Direito, há de se ter em mente um processo penal democrático.

O processo penal se torna o caminho necessário à aplicação da pena⁸⁰, afinal, não há pena sem processo (*nulla poena sine iudicio*). Nisso reside o caráter instrumental do devido processo penal, pois, além de ser o meio imprescindível ao exercício do poder de penar (*jus puniendi*), é a limitação desse próprio poder, na medida em que o condiciona a uma série de

⁷⁴ LOPES JR., Aury. A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM. **Boletim Especial Justiça Penal Negocial**, ano 29, p. 4-6, jul. 2021, p. 4. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/749/2>. Acesso em: 31 out. 2023.

⁷⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 17. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁷⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 468. *E-book*. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁷⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 468. *E-book*. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁷⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 17. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁷⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 468. *E-book*. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁸⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 17. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 11 out. 2023.

regras e garantias fundamentais⁸¹. Tais regras e garantias fundamentais salvaguardam o indivíduo e, ao mesmo tempo, legitimam eventual punição estatal. Só é legítima a pena aplicada após o devido processo penal⁸².

Emerge, nesse cenário, o princípio da obrigatoriedade ou necessidade da ação penal, segundo a qual, uma vez apurada a prática de infração penal, a materialidade e os indícios de autoria, não sendo hipótese de evidente causa de exclusão de antijuridicidade ou extinção de punibilidade, o Ministério Público estará obrigado a oferecer denúncia com vistas à instauração do processo⁸³. Apurados os elementos acima descritos (ocorrência de infração penal, materialidade e indícios de autoria), a instauração da ação penal pública incondicionada se torna um dever ao órgão acusador, e não uma faculdade.

Como visto anteriormente, tal princípio decorre não apenas do exercício da pretensão acusatória e do poder punitivo, mas também da necessidade de se ter um processo para a aplicação de eventual pena. Em última análise, o devido processo penal é um instrumento de limitação ao abuso do poder e visa evitar arbitrariedades.

Não obstante a isso, quando a questão é observada sob o prisma da barganha e justiça penal negocial, o quadro é outro. Há, aqui, verdadeira mitigação/relativização do princípio da obrigatoriedade ou necessidade da ação penal⁸⁴, porquanto, em determinadas situações, legalmente previstas e reguladas, o Ministério Público poderá deixar de instaurar o processo, aplicando, desde já, uma penalização antecipada, com a concordância do imputado. Os mecanismos negociais representam espaços de oportunidade, que mitigam a obrigatoriedade da ação penal.

Tal mitigação ou relativização do princípio da obrigatoriedade/necessidade não representa, ao menos no campo brasileiro, a consagração total do princípio da oportunidade, no qual o ajuizamento da ação penal fica unicamente ao critério discricionário do Ministério

⁸¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 17. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁸² LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 15. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁸³ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 109. *E-book*. ISBN 9786555598872. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598872/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁸⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 18. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 11 out. 2023.

Público⁸⁵. Muito embora seja um princípio bastante utilizado nos países do *common law* e alguns países de tradição *civil law*⁸⁶, no Brasil, ele só encontra aplicabilidade completa quando se fala em ação penal privada, na qual o ofendido, levando em consideração a sua conveniência, tem a faculdade, e não a obrigação, de instaurar o processo⁸⁷.

Em se tratando de barganha e justiça penal negocial brasileira, a oportunidade não é irrestrita, uma vez que não fica à mercê da mera discricionariedade do órgão acusador. Nesse caso, a obrigatoriedade da ação penal é excepcionada dentro do princípio da legalidade, o qual, por sua vez, delimita (e limita), na lei, a atuação dos atores no campo criminal⁸⁸. Logo, a oportunidade “não colide necessariamente com a imposição de respeito à legalidade, intrínseca ao Estado Democrático de Direito, mas sim relativiza e abre exceções (legalmente reguladas e limitadas) à obrigatoriedade”⁸⁹.

Em outros termos, o princípio da legalidade regula a atividade das partes e, assim sendo, caso o imputado preencha os requisitos legais para a aplicação de algum instituto negocial (transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal), o Ministério Público terá o dever de oferecê-lo. Trata-se da chamada discricionariedade regrada, poder-dever do órgão ministerial⁹⁰, ou, ainda, oportunidade legalmente regulada⁹¹.

Inicialmente, somente poderia haver a aplicação de pena após o devido processo penal, respeitando o princípio da obrigatoriedade/necessidade da ação penal e o axioma *nulla poena sine iudicio*. No entanto, ao serem criados os espaços negociais, relativizou-se tal princípio, de modo que a aplicação de determinada penalidade poderá ocorrer sem a necessidade do devido processo penal, desde que com a concordância do imputado. Nesse caso, o Ministério Público tem a atuação (de)limitada pelo princípio da legalidade e, sempre que o investigado preencher os pressupostos legais, deve ser realizada a oferta da respectiva figura negocial.

⁸⁵ NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 95. *E-book*. ISBN 9786559646838. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646838/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁸⁶ REALE JR., Miguel. **Código penal comentado**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 170. *E-book*. ISBN 978655599510. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655599510/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁸⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 70. *E-book*. ISBN 9786553626072. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626072/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁸⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 43.

⁸⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 49.

⁹⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 355. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 11 out. 2023.

⁹¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 51.

Em suma, a barganha e a justiça penal negocial foram responsáveis pela mitigação do princípio da obrigatoriedade/necessidade da ação penal, o que não representa, contudo, a recepção total do princípio da oportunidade. A obrigatoriedade/necessidade da ação penal continua sendo a regra, excepcionada apenas nas hipóteses legalmente previstas (princípio da legalidade).

Feito esse breve recorte principiológico, cumpre adentrar, especificamente, no acordo de não persecução penal.

3 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O que se viu acima foi um panorama geral dos contornos envolvendo a barganha e a justiça penal negocial. Traçaram-se as características mais marcantes dos mecanismos negociais e os principais fundamentos político-criminais para suas implementações nos ordenamentos jurídicos. Geralmente, as figuras negociais seguem o padrão exposto, ou seja, abrem-se espaços de oportunidade, legalmente regulados, em um cenário de exceção ao princípio da obrigatoriedade/necessidade da ação penal, sob o fundamento de dar celeridade e eficiência às demandas penais. Para evidenciar isso, foram citados dois exemplos inseridos em tradições jurídicas diferentes, mas cujo modelo negocial já está consolidado: o *plea bargaining* estadunidense (*common law*) e o *patteggiamento* italiano (*civil law*). No mesmo sentido, teceram-se considerações sobre as primeiras figuras negociais brasileiras, quais sejam, a transação penal e a suspensão condicional do processo, ambas inseridas pela Lei nº 9.099/95. O último tópico, do capítulo anterior, tratou de diferenciar os acordos sobre a sentença dos acordos penais brasileiros, analisando-os criticamente frente aos princípios da obrigatoriedade/necessidade da ação penal, oportunidade e legalidade.

Tudo isso se deu com o objetivo de introduzir o tema na seara do acordo de não persecução penal. Nesse momento, portanto, cumpre investigar esse recente mecanismo negocial brasileiro, verificando sua implementação no ordenamento jurídico, sua natureza jurídica e seus requisitos para o oferecimento. Ao final, será feito um exame crítico da confissão como requisito obrigatório à celebração do acordo.

3.1 INTRODUÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: NATUREZA JURÍDICA E REQUISITOS

Curiosamente, os primeiros sinais vitais do acordo de não persecução penal no Brasil deram-se em terras *parquesianas*. Isso porque, em meados de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público (CSMP) editou a Resolução nº 181/2017⁹², a qual, em seu Capítulo VII, artigo 18, passou a prever o chamado acordo de não persecução penal. Pouco mais de cinco

⁹² BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

meses após a sua vigência, tal Resolução foi alterada por uma nova, de nº 183/2018⁹³, que modificou ligeiramente a redação da anterior. Obviamente, as Resoluções editadas pelo CSMP motivaram insurgências e arguições de inconstitucionalidade⁹⁴, sobretudo, por conta da competência privativa da União para legislar sobre matéria penal e processual penal (art. 22, inciso I, CF/88).

Posteriormente, o acordo de não persecução penal também passou a ser objeto do Projeto de Lei nº 10.372/2018. Aqui, o mencionado projeto escancara o caráter utilitarista e o discurso efficientista por trás da implementação desse novo mecanismo negocial. Nesse sentido, cabe colacionar um trecho de sua justificativa, em que Alexandre de Moraes aduz o seguinte:

Para tanto, indica-se a adoção de “acordos de não persecução penal”, criando nas hipóteses de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça a figura do acordo de não persecução penal, por iniciativa do órgão do Ministério Público e com participação da defesa, submetida a proposta à homologação judicial. Será possível, inclusive, aproveitar a estrutura criada para a realização de milhares de audiências de custódia para que, em 24 horas, a defesa e acusação façam um acordo que, devidamente homologado pelo Judiciário, permitirá o cumprimento imediato de medidas restritivas ou prestações de serviço a comunidade. A Justiça consensual para os delitos leves será prestada em 24 horas, permitindo o deslocamento de centenas de magistrados, membros do Ministério Público e defensores públicos para os casos envolvendo a criminalidade organizada e as infrações praticadas com violência e grave ameaça a pessoa⁹⁵.

A ilusória tentativa de solucionar casos criminais em até 24 horas soa, para dizer o mínimo, perigosa. Se, em casos submetidos ao crivo do contraditório e com o devido processo penal, é comum a ocorrência de decisões equivocadas ou injustas, não é preciso ir longe para imaginar que a imposição de uma penalidade imediata ao suspeito, num lapso temporal de 24 horas, sem qualquer exercício de defesa, dilação probatória ou instrução processual, é absolutamente temerária.

Todo esse esforço na busca por um mecanismo que simplifique os procedimentos, abrevie os prazos e contorne as formas⁹⁶, revela o desejo incessante, de alguns, por opções

⁹³ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 183, de 24 janeiro de 2018**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. 2018a. Disponível em: <https://www.cmp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

⁹⁴ A exemplo da ADI 5793/DF, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, e da ADI 5790/DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, ambas sem julgamento final.

⁹⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Federal nº 10.372, de 06 de junho de 2018**. 2018b. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018, p. 31-32. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL+10+372/2018. Acesso em: 29 mai. 2023.

⁹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 20. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 11 out. 2023.

alternativas que não devam respeito a todas as regras do devido processo⁹⁷. Naturalmente, isso é reflexo da ânsia em responder rapidamente os anseios sociais punitivistas e tentar desafogar o sobrecarregado Judiciário. Acontece que, “existe um tempo do direito que está completamente desvinculado do tempo da sociedade. E o direito jamais será capaz de dar soluções à velocidade da luz”⁹⁸.

Seja como for, fato é que a consagração do acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal veio, finalmente, com a Lei nº 13.964/2019, alcunhada de “Pacote Anticrime”. Com a nova previsão legal, inseriu-se o artigo 28-A, nestes termos:

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

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Como se vê, são requisitos à propositura do acordo de não persecução penal, que: (a) não seja caso de arquivamento; (b) o delito não tenha sido praticado mediante violência ou grave ameaça; (c) a pena mínima cominada ao delito seja inferior a 4 (quatro) anos; e (d) o imputado confesse formal e circunstancialmente a prática delitiva.

Para além disso, segundo a dicção do § 2º, artigo 28-A, do Código de Processo Penal, o acordo não se aplica quando: (a) for cabível a transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (b) o investigado for reincidente ou houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (c) ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco)

⁹⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 213.

⁹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 18. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 11 out. 2023.

anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (d) os crimes praticados forem no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Tais requisitos devem ser analisados pelo órgão acusador e, se presentes, entende-se que a propositura do acordo se torna um dever ao agente ministerial e um direito subjetivo para o imputado. Aqui, a questão é tormentosa e controversa, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Não há entendimento pacífico sobre a natureza jurídica do acordo de não persecução penal.

De um lado, defende-se que sua oferta é uma mera faculdade do Ministério Público, afinal, a lei empregou a expressão “poderá” propor o acordo, e não “deverá”. Esse é o entendimento prevalecente no Superior Tribunal de Justiça, tanto que, na edição nº 185, do compilado “Jurisprudência em Teses”, a Tese nº 2 dispôs que o acordo de não persecução penal “não constitui direito subjetivo do investigado, assim pode ser proposto pelo Ministério Público conforme as peculiaridades do caso concreto, quando considerado necessário e suficiente para reprovar e prevenir infrações penais”⁹⁹.

Lado outro, há posicionamentos sólidos no sentido de que, preenchidos os requisitos legais, o oferecimento do acordo constitui um direito subjetivo do investigado e, conseqüentemente, um poder-dever do Ministério Público. Seguindo essa linha, pontuais são as lições de Alexandre Wunderlich, Camile Eltz de Lima, Antonio Martins-Costa e Marcelo Buttelli Ramos:

A lei emprega a expressão “poderá”, indicando que a propositura do ANPP é uma faculdade da acusação. Não entendemos que é um poder discricionário do Ministério Público, evidentemente. É um poder regulado, ao passo que, quando o investigado preenche todos os requisitos legais (subjetivos e objetivos), ele passa a ser portador de um efetivo direito público subjetivo ao acordo, que só lhe pode ser subtraído mediante justificativa idônea e fundamentada. O investigado não pode ser refém do humor de ocasião ou da impaciência seletiva e criteriosa do representante ministerial, que deve pautar sempre a sua atuação com base no princípio da impessoalidade¹⁰⁰.

⁹⁹ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**. Do Pacote Anticrime II. Ed. 185. Brasília: fev. 2022, p. 2. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacao-institucional/index.php/JuriTeses/article/view/12370/12474>. Acesso em: 29 out. 2023.

¹⁰⁰ WUNDERLICH, Alexandre *et al.* Acordo de Não Persecução Penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, ano 11, n. 26, p. 42-64, jan/jun 2020, p. 51. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/202009/11151457-revista-26.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

Realmente, considerando a tradição da *civil law*, na qual o Brasil está inserido, bem como a necessidade de observação do princípio da legalidade, parece que a segunda corrente, no sentido de ser um direito subjetivo do imputado e um poder-dever do *Parquet*, está mais adequada à dogmática processual penal brasileira. Até porque, conforme já exposto, nas figuras negociais pátrias não houve a consagração total do princípio da oportunidade, de modo que a legalidade “delimita (e, assim, limita) na lei os espaços de atuação dos atores do campo criminal – especialmente daqueles que almejam impor o poder punitivo estatal”¹⁰¹.

Logo, não cabe ao Ministério Público, a partir de critérios próprios e discricionários, definir quando é caso, ou não, de propositura do acordo de não persecução penal. Tais critérios e requisitos já foram estabelecidos pela lei e, uma vez cumpridos pelo imputado, é obrigação do agente ministerial seu oferecimento.

Pois bem. Oferecido o acordo pelo Ministério Público e aceito pelo imputado, o Juiz irá homologá-lo (§§ 4º a 7º)¹⁰². Se, ao final, o imputado cumprir integralmente as condições impostas, restará extinta sua punibilidade (§ 13)¹⁰³, sem qualquer registro de antecedentes criminais ou reincidência (§ 12)¹⁰⁴.

Tendo isso em mente, cumpre analisar, criticamente, a necessidade da confissão formal e circunstanciada como requisito para a celebração do acordo.

¹⁰¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 43.

¹⁰² Artigo 28-A, §§ 4º, 5º, 6º e 7º, do Código de Processo Penal:

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

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

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

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

¹⁰³ Artigo 28-A, § 13, do Código de Processo Penal:

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

¹⁰⁴ Artigo 28-A, § 12, do Código de Processo Penal:

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

3.2 A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UM REQUISITO INÓCUO E DE ÍNDOLE MERAMENTE MORAL

Historicamente, a confissão está ligada a ideia sacra de arrependimento, redenção e salvação da alma¹⁰⁵. Tais características decorrem do período inquisitivo (séc. XII e XIV), representado pelo Tribunal do Santo Ofício, em que a busca da verdade absoluta era o fim sagrado pretendido. Esse, afinal, era o único caminho possível para chegar-se à “salvação da alma e redenção dos pecados”¹⁰⁶. Naturalmente, a detentora da verdade absoluta era a própria Igreja Católica, pois “fora dos ensinamentos da igreja católica, não haveria possibilidade de salvação”¹⁰⁷.

Para alcançar a verdade absoluta, nada melhor do que a própria confissão do herege. Por conta disso, surge o sistema de tarifamento de provas, no qual a confissão é tida como a “rainha das provas”¹⁰⁸, nem que para isso fosse necessário obtê-la a partir da tortura. Ilustrando bem essa sistemática, Eduardo Correia Gouveia Filho expõe o seguinte:

Quando a religião católica torna-se religião oficial, a heresia passa a ser crime político, logo, deve ser combatida com máximo vigor, admitindo-se práticas violentas para frear qualquer foco dissidente. O herege é o maior inimigo da fé.

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

A lógica da confissão neste contexto poderia ser definida da seguinte forma: o indivíduo que estivesse sendo investigado, cuja denúncia se deu por iniciativa de qualquer pessoa (podendo ser até anônima), seria alvo de uma série de práticas que ofenderiam tanto sua integridade física quanto mental, para que confessasse. Confessando, traria a todos a exposição da “verdade”, além de ter seus pecados cancelados. Sendo a prova mais valiosa no sistema tarifado, absoluta, era inevitável que fosse buscada a qualquer custo¹⁰⁹.

¹⁰⁵ GOUVEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no Processo Penal Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v. 4, n. 1, p. 11–20, 2016, p. 14. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/65753>. Acesso em: 31 out. 2023.

¹⁰⁶ GOUVEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no Processo Penal Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v. 4, n. 1, p. 11–20, 2016, p. 13. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/65753>. Acesso em: 31 out. 2023.

¹⁰⁷ GOUVEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no Processo Penal Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v. 4, n. 1, p. 11–20, 2016, p. 13. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/65753>. Acesso em: 31 out. 2023.

¹⁰⁸ GOUVEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no Processo Penal Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v. 4, n. 1, p. 11–20, 2016, p. 14. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/65753>. Acesso em: 31 out. 2023.

¹⁰⁹ GOUVEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no Processo Penal Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v. 4, n. 1, p. 11–20, 2016, p. 14. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/65753>. Acesso em: 31 out. 2023.

A lógica era simples: se com a confissão chegava-se à verdade absoluta, então, bastava arrancar a confissão do herege que a verdade apareceria e, com efeito, o caso estaria solucionado. A consequência natural desse pensamento foi o uso indiscriminado de práticas de torturas, a fim de que o réu (herege) confessasse o delito (pecado) supostamente praticado. Por mais de dois séculos, a Europa Continental mergulhou em um longo período de barbárie, reproduzido pela Santa Inquisição. Houve a institucionalização da tortura para fins de obtenção da confissão - fato que ceifou a vida de milhares de pessoas inocentes.

A cronologia dessa época inquisitiva é sintetizada por Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio M. de Almeida Delmanto:

Por ironia da história, enquanto na Inglaterra, no ano de 1215, surgia a *Magna Charta Libertatum*, resultante de um Pacto entre o Rei João Sem Terra e os barões ingleses que, revoltados, pleiteavam respeito aos seus direitos pela Coroa, criando, por exemplo, o *habeas corpus* — o que significou o primeiro passo para o surgimento das posteriores Constituições, com a ideia de um texto escrito com os direitos a serem assegurados —, a Igreja, na Europa continental, com a confusão entre pecado e delito (de que é ícone o crime de heresia), foi responsável por uma das mais negras páginas da história da humanidade: a da Santa Inquisição, com os Tribunais do Santo Ofício perseguindo os hereges (sobretudo mulheres, sendo muitas parteiras acusadas de magia por conhecerem efeitos de ervas medicinais). Foi assim que, no mesmo ano de 1215, o Concílio de Latrão dava início à Inquisição, sucedido por uma coletânea de decretais organizada por Raimundo de Penyafort em 1234, com bulas do Papa Gregório IX do ano anterior, e de seus antecessores. Nessas Decretais já havia um capítulo intitulado *De haereticis* (Dos hereges). Seguiram-se as decretais do Papa Clemente V, de 1317, publicadas durante o pontificado do Papa João XXII, conhecido como o *Sétimo Livro das Decretais*, entre outras, ditando as normas para a Inquisição, destacando-se a *Bula Summis desiderantis* de 1484 do Papa Inocencio VIII (cf. Carlo Reviglio Della Veneria, “Inquisizione”. *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1968, v. VIII, p. 720). Por mais de duzentos anos, com a busca da confissão, então tida como a “rainha das provas”, e entendendo que com ela se alcançaria o “arrepentimento” e a “purificação da alma”, tranquilizando a “consciência” do julgador, institucionalizou-se a prática da tortura¹¹⁰.

O ponto crucial é que, com a confissão, “o indivíduo se arrependeria da heresia admitida e teria como decorrência disto a salvação de sua alma”¹¹¹. Guardadas as máximas proporções e considerando o inevitável anacronismo, permite-se dizer que algo parecido acontece no acordo de não persecução penal. Isso porque, aparentemente, a confissão tem caráter estritamente

¹¹⁰ DELMANTO, Fábio Machado de A.; DELMANTO, Roberto; JÚNIOR, Roberto D. **Leis penais especiais comentadas**. São Paulo: SaraivaJur, 2018, p. 498. *E-book*. ISBN 9788553602209. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602209/>. Acesso em: 30 out. 2023.

¹¹¹ GOUVEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no Processo Penal Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v. 4, n. 1, p. 11–20, 2016, p. 14. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/65753>. Acesso em: 31 out. 2023.

moral, longe de qualquer relevância para o aparelho jurídico penal¹¹². Dito de outro modo, a confissão, no acordo de não persecução penal, parece que é uma forma do imputado demonstrar que está arrependido do suposto delito praticado e, por isso, faz jus ao instituto.

Em verdade, quando se analisa a fundo a questão, é difícil encontrar outra razão de ser da confissão como requisito obrigatório à celebração do acordo, ressalvado esse aspecto puramente moral.

Ventilando pretensas finalidades, Marco Antonio Marques da Silva e Fernando Martinho de Barros Penteado sublinham que:

(...) parte da doutrina tem se esforçado para apresentar possíveis finalidades para a confissão no ANPP, dentre os quais, em especial, destacam-se os seguintes argumentos: i) conferir justa causa para a opção de não arquivamento ou pelo menos elemento de reforço à *opinio delicti* nesse sentido; ii) contraprestação do acusado passível de gerar consequências processuais, como a utilização da confissão na fase judicial em seu desfavor; iii) produção de efeito psíquico de arrependimento do investigado e atribuição de certeza moral ao representante do Ministério Público; iv) meio de obtenção de provas¹¹³.

Os itens “ii” e “iv”, destacados pelos autores, serão tratados no próximo capítulo. Por ora, discorrer-se-á apenas sobre os itens “i” e “iii”.

Quanto ao primeiro item “i”, no sentido de que a confissão serviria para conferir justa causa ou, ao menos, como um elemento de reforço à *opinio delicti*, é algo completamente impensável. A própria redação do artigo 28-A, do Código de Processo Penal, derruba esse argumento nas suas cinco primeiras palavras: “Não sendo caso de arquivamento [...]”. Conforme se depreende do texto legal, para a propositura do acordo deve, no mínimo, existir justa causa e a formação da *opinio delicti* por parte do agente ministerial. Do contrário, será caso de arquivamento, o que, consequentemente, desautoriza a oferta da figura negocial.

Nesse viés, Renee de Ó Souza afirma que “a exigência da confissão não serve para a formação da *opinio delicti*, pressuposto anterior à etapa de propositura do acordo de não persecução penal”¹¹⁴. Na mesma toada é a conclusão dos próprios autores Marco Antonio

¹¹² SILVA, Luís Felipe Conterato da. Acordo de não persecução penal: análise crítica acerca da (in)constitucionalidade e (des)necessidade da confissão. CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 12, 2021, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: PUCRS, 2021. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2021/comp-list-docs.htm>. Acesso em: 31 out. 2023.

¹¹³ SILVA, Marco Antonio Marques da; PENTEADO, Fernando Martinho de Barros. A confissão como requisito para o acordo de não persecução penal. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis/SC, v. 32, ed. 12, p. 311-329, maio/abr. 2022, p. 317. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/8806/6488>. Acesso em: 31 out. 2023.

¹¹⁴ SOUZA, Renee do Ó. **Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019**. 1. ed., 1 reimpr. – Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 129.

Marques da Silva e Fernando Martinho de Barros Penteado, segundo os quais: “se a lei impõe que a *opinio delicti* já esteja previamente formada por ocasião da apresentação do acordo ao investigado, a confissão não pode ter o fim de confirmar algo que já deveria estar definido previamente pelo órgão acusatório”¹¹⁵.

Relativamente ao item “iii”, volta-se ao caráter moralista da confissão. A tese de que a confissão serviria para demonstrar o “arrependimento do investigado e atribuição de certeza moral ao representante do Ministério Público”¹¹⁶, além de frágil e simplista, aproxima-se da confissão exigida no período inquisitorial, que era tida como o único meio viável para a “salvação da alma e redenção dos pecados”¹¹⁷.

É sabido que direito e moral são coisas distintas e que, em tese, não deveriam se misturar. Mesmo assim, no acordo de não persecução penal, a única razão de existir da confissão reside em seu caráter meramente moral. Fora isso, ela não tem qualquer fundamento jurídico.

Rogério Sanches Cunha, ao comentar o instituto, aponta 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”¹¹⁸.

Rumando ao mesmo trilha, é a conclusão de Luís Felipe Conterato da Silva:

Porém, em uma análise sobre o viés da política criminal e da prática forense, se vê que essa confissão aparenta somente possuir valor estritamente moral, não possuindo nenhum aspecto relevante para o aparelho jurídico penal, nem para a sociedade e muito menos para o autuado. Serve tão somente para que seja elaborado o próprio acordo. E só. Pensa-se que a solução seria repensar acerca desse requisito, avaliando e a sua real (des)importância e (des)necessidade dada a sua insuficiência procedimental e didática, sabendo que, a extração da confissão por ocasião da formulação do acordo, que é requisito inerente ao instituto despenalizador, até então paira sobre um terreno irregular no direito¹¹⁹.

¹¹⁵ SILVA, Marco Antonio Marques da; PENTEADO, Fernando Martinho de Barros. A confissão como requisito para o acordo de não persecução penal. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis/SC, v. 32, ed. 12, p. 311-329, maio/abr. 2022, p. 318. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/8806/6488>. Acesso em: 31 out. 2023.

¹¹⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da; PENTEADO, Fernando Martinho de Barros. A confissão como requisito para o acordo de não persecução penal. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis/SC, v. 32, ed. 12, p. 311-329, maio/abr. 2022, p. 317. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/8806/6488>. Acesso em: 31 out. 2023.

¹¹⁷ GOUVEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no Processo Penal Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v. 4, n. 1, p. 11–20, 2016, p. 13. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/65753>. Acesso em: 31 out. 2023.

¹¹⁸ CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019**: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 129.

¹¹⁹ SILVA, Luís Felipe Conterato da. Acordo de não persecução penal: análise crítica acerca da (in)constitucionalidade e (des)necessidade da confissão. CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 12, 2021, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: PUCRS, 2021. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2021/comp-list-docs.htm>. Acesso em: 31 out. 2023.

Como se percebe, inexistente razão para a existência da confissão como requisito obrigatório para a celebração do acordo de não persecução penal, de maneira que sua “exigência é desnecessária e inadequada”¹²⁰. Sua presença deve ser tratada como um “mero requisito formal para se evitar a denúncia”¹²¹.

Não passa, portanto, de um mero requisito formal à celebração do acordo – mesmo que sem razão de existir. Mas, ainda que seja tratado como um simples requisito inócuo, isso não impede uma análise crítica sobre sua possível afronta a princípios e garantias constitucionais.

3.3 A CONFISSÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL FRENTE AOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Se, na Santa Inquisição vigorava a busca pela verdade absoluta, por meio da confissão extraída sob tortura, que traduz a fórmula *reus tenetur se detegere*¹²², hoje, felizmente, não mais é assim. Agora vige a garantia do *nemo tenetur se detegere*, em que ao imputado é assegurado o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF/88¹²³). Conseqüentemente, “do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado”¹²⁴. O autuado, portanto, tem o direito de ficar em silêncio, sem que isso lhe traga qualquer prejuízo.

Não obstante a isso, o acordo de não persecução penal, ao impor a confissão como um requisito obrigatório, parece afrontar diretamente a garantia do *nemo tenetur se detegere*. É que, o imputado, não realizando a confissão, também não poderá realizar o acordo, mesmo que preenchidos todos os outros requisitos. Nesse caso, o prejuízo do autuado é evidente, na medida em que terá movida uma ação penal contra si. Aliás, o prejuízo pode ser verificado até mesmo

¹²⁰ OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. Os sentidos da confissão no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Piauí**, Piauí, ano 1, ed. 1ª ed., jan/jun, 2021. p. 464-481, p. 480. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2022/02/Os-sentidos-da-confissao-CC%83o-no-Acordo-de-Na-CC%83oPersecuc%CC%A7a-CC%83o-Penal.pdf>. Acesso em: 31 out. 2023.

¹²¹ DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. A necessidade de confissão como requisito para o acordo de não persecução penal e as repercussões produzidas no processo penal e nas demais esferas do direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, Ano 16, v. 23, n.1, 2022, p. 86-114, 2022, p. 99. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/58417>. Acesso em: 31 out. 2023.

¹²² CORDERO, Franco. **Procedimento penal**. Vol. 1. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2002, p. 22.

¹²³ Artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988: “LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

¹²⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 213. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 11 out. 2023.

na hipótese de o suspeito confessar a prática delitativa, pois, em caso de descumprimento do acordo, o imputado terá incorrido em autoincriminação - a depender do valor probatório que se dá a tal confissão (tema que será abordado no próximo capítulo).

Vê-se que, nos dois casos, tanto confessando quanto exercendo o seu direito de permanecer em silêncio, o imputado pode vir a ser prejudicado juridicamente, o que é absolutamente vedado pela garantia em questão.

Quanto ao tema, Guilherme de Souza Nucci preleciona que, “obrigar o investigado a confessar formalmente o cometimento do crime para depois fixar penas alternativas e outras condições não nos parece o ideal, ferindo, indiretamente, o direito à imunidade contra a autoacusação”¹²⁵.

A exigência de confissão para a celebração do acordo de não persecução penal não esbarra apenas no direito ao silêncio, mas também no princípio da proporcionalidade, quando analisado sob o viés da necessidade e adequação¹²⁶.

Sobre a adequação, preleciona Marcos Paulo Dutra Santos:

Adequação, porquanto inexistente relação causal entre o ANPP e a confissão. Por que esta seria pressuposto daquele se, descumprido o pacto pelo suposto autor do fato, restabelecer-se-á ao Ministério Público a titularidade do direito de ação, deflagrando-se a denúncia para, aí sim, elucidar o ocorrido? O estado (ou presunção) de inocência (ou não culpabilidade) resta inabalado, tanto que, durante o cumprimento do acordo, as certidões de feitos criminais dos cartórios distribuidores não podem lhe fazer menção. É certo que *nulla poena sine culpa*. Mas, se o ANPP não impõe reprimendas, descabe condicioná-lo à confissão. À semelhança da transação penal e da suspensão condicional do processo, basta, tomando como referencial o *plea bargaining* norte-americano, o *nolo contendere plea*, ou seja, a não resistência à pretensão punitiva estatal, dispensável o *plea of guilty* – declaração expressa de culpa¹²⁷.

Realmente, carece o requisito da confissão de adequação, pois inexistente razão para sua existência. Nesse sentido, os apontamentos do tópico anterior são claros ao demonstrar que a obrigatoriedade da confissão para fins de celebração do acordo de não persecução penal, no fundo, é inócua e de caráter meramente moral.

Quanto à necessidade, o mesmo autor ressalta o abuso do pressuposto da confissão:

¹²⁵ NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2023, p. 238. *E-book*. ISBN 9786559646838. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646838/>. Acesso em: 31 out. 2023.

¹²⁶ SANTOS, Marcos Paulo D. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo: Grupo GEN, 2022, p. 255. *E-book*. ISBN 9786559645077. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645077/>. Acesso em: 30 out. 2023.

¹²⁷ SANTOS, Marcos Paulo D. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo: Grupo GEN, 2022, p. 255. *E-book*. ISBN 9786559645077. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645077/>. Acesso em: 30 out. 2023.

Necessidade, porque é claríssimo o excesso dessa exigência, submetendo o imputado a um constrangimento gratuito. Se a suspensão condicional do processo, que pressupõe denúncia formalizada e recebida, não requer a confissão do réu para ser implementada, por que o ANPP, que se desenvolve ainda em uma etapa investigatória, preliminar ao processo, exigiria?

A pergunta proposta por Marcos Paulo Dutra Santos é instigante e, de fato, parece evidenciar que o requisito contraria a necessidade exigida pelo princípio da proporcionalidade. Ao faltar com adequação e necessidade, a confissão do acordo de não persecução penal está ferindo – de morte – a proporcionalidade. Princípio que, em matéria penal, deveria ser observado ao máximo.

Finalmente, em uma análise mais profunda sobre o tema, é possível concluir que a confissão exigida viola a própria dignidade da pessoa humana, ao tratar o imputado como um objeto frente ao poder punitivo estatal¹²⁸.

Aqui, ousado e pertinente é o raciocínio de José Carlos Felix da Silva, Debora Cristyna Ferreira Reis e Klinsmann Alison Rodrigues Félix da Silva, para os quais:

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

(...)

A confissão, por sua vez, não é averiguada no momento da ratificação judicial, pois seria entrar no mérito da causa e ao homologar o acordo, o Judiciário apenas analisa as condições de legalidade e voluntariedade, reafirmando a necessária dispensa da confissão em fase pré-processual, a nível de ANPP, já que é trabalhada em fase processual, a título de mérito, demonstrando ferimento ao artigo 8º, §2º, da Convenção Americana de direitos Humanos, recepcionada pela Constituição Federal brasileira, ao trazer o devido processo legal como forma devida de averiguação de culpa, consequentemente preservando também a presunção da inocência¹²⁹.

À vista de todo o exposto, percebe-se que a confissão exigida para a celebração do acordo de não persecução penal viola garantias e princípios constitucionais. Mais que isso, sua

¹²⁸ SILVA, José Carlos Felix da; REIS, Debora Cristyna Ferreira; SILVA, Klinsmann Alison Rodrigues Félix da. Inconstitucionalidade Material da Confissão no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, Ano 12, nº 2, 2020, p. 81-97, p. 94-95. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2021/02/ARTIGO-4.pdf>. Acesso em: 31 out. 2023.

¹²⁹ SILVA, José Carlos Felix da; REIS, Debora Cristyna Ferreira; SILVA, Klinsmann Alison Rodrigues Félix da. Inconstitucionalidade Material da Confissão no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, Ano 12, nº 2, 2020, p. 81-97. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2021/02/ARTIGO-4.pdf>. Acesso em: 31 out. 2023.

existência revela as marcas de um sistema jurídico autoritário e arcaico¹³⁰, não condizente com as garantias processuais conquistadas a duras penas (literalmente) ao longo da história da dogmática processual penal.

O olhar vigilante e crítico sobre esse pressuposto ultrapassado e vazio deve ser redobrado quando a questão é analisada acerca da possibilidade, ou não, da utilização da confissão realizada unicamente para a celebração do acordo de não persecução penal como prova. É o que se verá adiante.

¹³⁰ CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de; NETTO, Fábio Prudente. Comentários sobre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal. **Conjur**, 15 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/opiniao-exigencia-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 25 out. 2023.

4 A (IM)POSSIBILIDADE DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL SER UTILIZADA COMO PROVA

A proposta dos dois últimos capítulos foi, primeiramente, contextualizar a barganha e justiça penal negocial, estudando suas questões mais genéricas, principiológicas e de ordem político-criminal, para, em seguida, adentrar no estudo do acordo de não persecução penal, cujo ponto central de debate foi o requisito obrigatório da confissão para fins de celebração da referida figura negocial.

Tal caminho foi (e será) fundamental para, nesse instante, compreender melhor o que está em jogo quando se fala da (im)possibilidade de utilização da confissão do acordo de não persecução penal como prova em eventual processo criminal contra o imputado. Novamente, a questão é tormentosa e encontra posicionamentos antagônicos. Todavia, do ponto de vista prático, talvez seja o aspecto mais relevante do estudo proposto, porquanto é, inegavelmente, o que pode acarretar maior prejuízo ao imputado – a depender do entendimento aderido.

Seguindo essa perspectiva, em um primeiro plano será feita uma revisão a respeito da carga probatória dos atores processuais no devido processo penal democrático. Após, analisar-se-á o valor probatório, ou não, da utilização da confissão realizada estritamente para fins de celebração do acordo de não persecução penal em eventual processo criminal¹³¹. Finalmente, será traçado um panorama do requisito da confissão com problemáticas atuais do referido instituto negocial.

4.1 CARGA PROBATÓRIA NO DEVIDO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO E A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Questão indiscutível, no processo penal, é a ausência de “distribuição ou repartição do encargo probatório”¹³². Tal porque, a carga probatória cabe única e exclusivamente ao Ministério Público, ou seja, a quem acusa¹³³. A razão é simples: em matéria criminal, vige o

¹³¹ Dado os objetivos do trabalho, a análise da pesquisa será limitada ao âmbito criminal, muito embora não se desconheça a necessidade de se discutir a repercussão da confissão do acordo de não persecução penal também nas esferas cíveis e administrativas, em possíveis ações contra o imputado.

¹³² GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 214. *E-book*. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 11 out. 2023.

¹³³ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 26. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 11 out. 2023.

estado de inocência¹³⁴, cabendo ao órgão acusador afastá-lo. Dito de outro modo, compete ao Ministério Público provar que o réu é culpado, e não ao réu provar que é inocente. Se não há provas, não há afastamento do estado de inocência e, conseqüentemente, não pode haver sentença condenatória.

Claramente, ao inexistir distribuição ou repartição de carga probatória, o processo penal se diferencia do processo civil¹³⁵. A presunção de inocência é o fundamento dessa diferenciação e, disso, não há como escapar.

Ao comentar sobre a ausência de encargo probatório, José Nereu Giacomolli explica que:

Quando o ponto de partida é o estado de inocência e não o da culpabilidade do imputado, emergem importantes e delimitadas regras probatórias. Primeiramente, a imputação fática e jurídica se constitui, para o magistrado, em uma hipótese a ser demonstrada pela acusação. Não obtido êxito na demonstração da hipótese, é dever do magistrado confirmar o originário status de inocência, com um provimento absolutório. Na sistemática do processo penal não há repartição de cargas probatórias e nem escusas probatórias, típicas da esfera cível. À defesa se apresenta uma oportunidade de provar fatos e circunstâncias geradoras da dúvida ou até de exculpatórias. Porém, não possui o encargo, mas uma chance de influir na situação processual engendrada na investigação e no processo. O encargo probatório é do sujeito ativo, do autor, de quem deduz uma imputação em juízo. Ao autor cabe provar os elementos prévios à valoração propriamente dita, ou seja, a existência do delito (materialidade, letalidade), e ter sido o acusado o autor do fato, bem como a existência de provas suficientes a embasar o juízo condenatório. Contudo, o encargo probatório abrange também a demonstração da adequação jurídica à situação fática. Por isso, a prova não abrange só a mera dimensão dos fatos e de suas circunstâncias, mas toda atividade acusatória¹³⁶.

Até aqui, nenhuma novidade foi posta, afinal, é sabido que a presunção de inocência é uma garantia do acusado no processo penal. Ou, ao menos, espera-se que seja sabido. A questão fica mais interessante quando observada a partir da possibilidade, ou não, da confissão – realizada exclusivamente para fins de celebração do acordo de não persecução penal – ser utilizada como prova.

No ponto, urge rememorar que o acordo de não persecução penal não é um acordo sobre sentença e, portanto, não gera os mesmos efeitos de uma sentença condenatória, nem com ela

¹³⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 213. *E-book*. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 11 out. 2023.

¹³⁵ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 26. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 11 out. 2023.

¹³⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 213. *E-book*. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 11 out. 2023.

pode ser equiparável¹³⁷. Como consequência lógica, o acordo de não persecução penal tem natureza pré-processual. Não à toa, sua proposta deve acontecer antes mesmo do oferecimento da denúncia, inserindo-se na chamada administrativização ou desjurisdicionalização do processo penal¹³⁸.

Tal ressalva faz sentido quando se observa que, nos acordos sobre sentença (ou acordo de julgamento), a confissão pode ser vista como a própria razão de ser da barganha, porquanto, é o caminho para colocar fim ao processo¹³⁹ e o réu restar condenado, ainda que com a pena reduzida ou com a concessão de outro “benefício”. Contudo, no acordo de não persecução penal, sua característica intrínseca é o caráter pré-processual, não havendo que se falar em caminho para pôr fim ao processo, justamente porque ele sequer começou. Aqui, a confissão prescinde de sentido, de forma que sua existência é inócua e vazia, não passando de um mero requisito para a formulação do acordo¹⁴⁰.

Sobre isso, pontual é a lição de Marcondes Pereira de Oliveira, membro do Ministério Público do Estado do Piauí:

Da operação de contrastar o consenso penal que ocorre em acordo de julgamento, com o consenso penal que ocorre na diversão com intervenção, observa-se que a confissão possui papéis diferentes, em ambos os casos, no acordo de julgamento a confissão é o caminho e a razão de ser, é ponte e é veículo que conduz à solução do caso, desviando da instrução processual alargada.

Já no consenso penal para diversão com intervenção, como no ANPP, a confissão não desempenha qualquer função processual de relevo, a justificar a sua exigência como requisito mínimo legal, e as funções extraprocessuais a ela atribuídas, também são obtidas na forma tácita da confissão, com a aceitação da responsabilização pelo infrator¹⁴¹.

Em outras palavras, o mesmo autor expõe que “a confissão é o cerne no acordo de julgamento, veículo hábil a mitigar a amplitude da prova criminal e a agilizar o julgamento, o

¹³⁷ DE-LORENZI, Felipe da Costa. **Justiça Negociada e fundamentos do direito penal**: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 65.

¹³⁸ ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining**: Aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007, p. 110.

¹³⁹ OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. Os sentidos da confissão no acordo de não persecução penal. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí**, ano 01, ed. 01, p. 464-481, jan./jun. 2021, p. 479.

¹⁴⁰ SILVA, Luís Felipe Conterato da. Acordo de não persecução penal: análise crítica acerca da (in)constitucionalidade e (des)necessidade da confissão. CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 12, 2021, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: PUCRS, 2021. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2021/comp-list-docs.htm>. Acesso em: 31 out. 2023.

¹⁴¹ OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. Os sentidos da confissão no acordo de não persecução penal. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí**, ano 01, ed. 01, p. 464-481, jan./jun. 2021. p. 479. Disponível em: Os-sentidos-da-confissão-no-Acordo-de-Não-Persecução-Penal.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

qual produz a formação da culpa, com a aplicação da pena criminal”¹⁴². Contrariamente, o acordo de não persecução penal “não se trata de julgamento com aplicação de pena criminal, senão da responsabilização do infrator que assume o cumprimento de medidas extrapenais a evitar, contra si, a tramitação de ação penal”¹⁴³.

A partir disso, trilha-se o seguinte caminho: se a confissão do acordo de não persecução penal prescinde de qualquer função processual ou razão de ser, obviamente, não pode ela vir a ser usada como prova em eventual ação penal em face do imputado. Até porque, o acordo de não persecução penal não é um instituto que visa a obtenção de provas¹⁴⁴. Seu objetivo é outro, recaindo em fundamentos político-criminais, tais como a busca por celeridade, eficiência e simplificação procedimental (item 2.1, ao qual remete-se o leitor).

Admitir como prova a confissão do imputado - feita exclusivamente para fins de celebração do acordo de não persecução penal - em futura ação penal, caso descumprido o acordo, é admitir também a autoincriminação. Nesse sentido, veja-se a fala de Vinícius Gomes de Vasconcellos e Dimas Antônio Gonçalves Fagundes Reis:

(...) o Estado não pode utilizar as provas produzidas por colaboradores contra eles próprios em outros processos, salvo se houver aderência e respeito aos limites e benefícios previstos no acordo. Isso porque tais provas, incluindo a confissão, são produzidas pelo imputado com renúncia ao direito à não autoincriminação, tendo em vista os benefícios e termos pactuados no acordo, de modo que a sua utilização sem a contraprestação, por qualquer motivo, ainda que por descumprimento, é atuação abusiva ao violar o direito à não autoincriminação¹⁴⁵.

Os referidos autores ainda abrem uma pretensa hipótese em que seria possível a utilização da confissão como prova, qual seja, “salvo se houver aderência e respeito aos limites e benefícios previstos no acordo”¹⁴⁶. Permite-se discordar do posicionamento, uma vez que o acordo de não persecução penal não tem o condão de afastar o direito constitucional à não

¹⁴² OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. Os sentidos da confissão no acordo de não persecução penal. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí**, ano 01, ed. 01, p. 464-481, jan./jun. 2021. p. 473. Disponível em: Os-sentidos-da-confissão-no-Acordo-de-Não-Persecução-Penal.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

¹⁴³ OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. Os sentidos da confissão no acordo de não persecução penal. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí**, ano 01, ed. 01, p. 464-481, jan./jun. 2021. p. 473. Disponível em: Os-sentidos-da-confissão-no-Acordo-de-Não-Persecução-Penal.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

¹⁴⁴ GONTIJO, Maria Leticia Nascimento. **O acordo de não persecução penal com instrumento da justiça negocial penal** – análise dos mecanismos de controle à vontade do ministério público. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021, p. 104. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3175>. Acesso em: 11 nov. 2023.

¹⁴⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 289-306, 2021, p. 302-303.

¹⁴⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 289-306, 2021, p. 302-303.

autoincriminação, já que, é um procedimento pré-processual e que não visa a produção de provas. Logo, o imputado não pode, por meio deste mecanismo negocial, renunciar o direito à não autoincriminação, pois, além de estar longe de qualquer amparo do contraditório e do devido processo penal, está aderindo a uma figura negocial sem natureza probatória.

Situação diversa ocorre na colaboração premiada¹⁴⁷, por exemplo, cujo caráter empregado é de negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova. Tanto isso é verdade que, a mesma legislação responsável pela introdução do acordo de não persecução penal (Lei nº 13.964/19), também foi a responsável pela inserção do art. 3º-A na Lei nº 12.850/13, passando a prever expressamente que o “acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”.

Nisso reside a duplicidade jurídica da colaboração premiada, “seja como expressão da denominada justiça penal negocial ou negociada, seja como ferramenta probatória”¹⁴⁸. Diferentemente, o acordo de não persecução penal é tão somente uma expressão de justiça penal negocial e jamais uma ferramenta probatória.

Ainda no campo da colaboração premiada, escancara-se a dependência estatal da “colaboração do próprio acusado em razão de sua ineficiência na colheita de provas suficientes para o rompimento da presunção de inocência, ou seja, há uma indevida inversão das cargas processuais”¹⁴⁹. A inversão da carga probatória faz com que o Ministério Público escape de seu dever de comprovar a culpa do acusado e afastar seu estado de inocência, acomodando-se na própria prova produzida pelo imputado. Relativamente a essa inversão da carga probatória, Anna Carolina Pereira C. F. Lamy sublinha que:

O ponto central da crítica é que a delação apenas justifica investigações deficientes, sendo um paliativo à parca atuação do Estado. Estaria consubstanciada em meio pelo qual o Ministério Público, titular da ação penal pública incondicionada, poderia buscar elementos de convicção aptos a fundamentar o sumário de culpa, isentando-se da coleta das provas necessárias. Em outros termos, a carga probatória que é imposta ao Órgão Acusatório pela premissa de estado de inocência estaria sendo deslocada para o próprio sujeito ativo da conduta¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Dado os objetivos do trabalho, não será aprofundado o estudo crítico a respeito da colaboração premiada, mas sobre essa figura negocial, recomenda-se a leitura de: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

¹⁴⁸ SANTOS, Marcos Paulo D. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo: Grupo GEN, 2022, p. 400. *E-book*. ISBN 9786559645077. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645077/>. Acesso em: 30 out. 2023.

¹⁴⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 112.

¹⁵⁰ LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal**. A implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 26-27.

Se, na colaboração premiada, que é uma figura negocial voltada à produção de provas, acontece inegável inversão na carga probatória. No acordo de não persecução penal, que não é um instituto voltado à produção de provas, tal inversão será infinitamente maior, considerando que o acusado poderá ter seu estado de inocência afetado pela celebração de uma figura negocial pré-processual e sem qualquer caráter probatório.

Em suma, a conclusão alcançada no presente capítulo é de que, a confissão realizada estritamente para fins do acordo de não persecução penal, se for considerada como prova em eventual ação penal contra o imputado, acarretará nítida inversão na carga probatória.

4.2 VALOR PROBATÓRIO DA CONFISSÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM EVENTUAL PROCESSO CRIMINAL CONTRA O IMPUTADO

Mas, ao considerar-se que a confissão obtida no acordo de não persecução penal como prova causa inegável inversão probatória, não parece natural que seu valor probatório inexistente frente à eventual ação penal contra o imputado?

Aparentemente, não.

Muito embora não se venha admitindo a condenação com base exclusivamente em elementos extrajudiciais não confirmados na fase judicial, tais como a confissão realizada para fins do acordo de não persecução penal. Isso não quer dizer que ela não possa servir para corroborar elementos colhidos sob o crivo do contraditório e perante o Juízo. Esse é o entendimento prevalecente. Ou seja, se a confissão do acordo de não persecução penal for confirmada em Juízo, terá valor probatório e poderá amparar o édito condenatório.

Segundo recente julgamento no Habeas Corpus nº 756.907/SP¹⁵¹, de relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que, se a

¹⁵¹ Ementa do julgamento: “HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. TESES DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO, DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO E DE ILICITUDE DE PROVAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP. RECONHECIMENTO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, CONCEDIDO PARA ABSOLVER O PACIENTE. 1. e 2. Omissis. 3. Conforme expressa previsão do art. 155 do CPP, “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”. 4. Se a sentença condenou o paciente por falsidade ideológica e reconheceu a autoria delitiva exclusivamente com lastro em elementos produzidos na fase extrajudicial (depoimentos prestados durante o inquérito policial e ao Promotor de Justiça, além de confissão do celebrante de ANPP), não reproduzidos durante a instrução criminal e não submetidos ao devido contraditório, é de rigor reconhecer a insuficiência do standard probatório que autorizaria a condenação. 5. Demonstrada a ofensa ao art. 155 do CPP, impõe-se a absolvição do paciente nos termos do art. 386, VII, do CPP. 6. Habeas corpus parcialmente concedido e, nesta extensão, concedido para absolver o réu”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **HC n. 756.907/SP**, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/09/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/as/assuncao-culpa-anpp-nao-basta-embasar.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2023.

sentença condenatória teve como base fático-probatória apenas elementos extrajudiciais, sobretudo a confissão do réu realizada para fins do acordo de não persecução penal, não reproduzida ao longo da instrução criminal, a absolvição do acusado é imperiosa. Em seu voto, o ministro relator destacou que:

(...) para que declaração do celebrante do ANPP possa respaldar o decreto condenatório é imprescindível sua reprodução em juízo, durante a ação penal, e a constatação de sua coerência com provas judicializadas, submetidas ao contraditório, de forma a conferir ao réu o direito fundamental de efetiva participação na formação da decisão judicial, em dualidade com o Ministério Público¹⁵².

No caso em apreço, o julgamento foi favorável ao paciente, que, ao final, foi absolvido pela concessão da ordem, de forma justa. Acontece que, o entendimento firmado não é suficiente para evitar outros casos de ilegalidades. Entende-se que é preciso ir além.

Não basta considerar que a confissão do acordo de não persecução penal, para ter valor probatório, seja confirmada em Juízo. É necessário despi-la de qualquer valor probatório, mesmo quando confirmada em Juízo. Até porque, nesse último caso, a confissão terá valor probatório porque foi operada perante o Juiz, e não porque foi realizada para a celebração do acordo de não persecução penal.

Quando a confissão é realizada em Juízo, observam-se as regras previstas no Código de Processo Penal, especialmente dos artigos 155 e 200, *in verbis*:

Art. 155. 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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

[...]

Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

Tendo em vista os objetivos do presente trabalho, os dispositivos acima não serão aprofundados, cabendo referir, apenas, que a confissão, “mesmo quando prestada em juízo, deverá ser também contextualizada junto aos demais elementos probatórios (...)”¹⁵³. Pois bem. Tornando à questão da inexistência de valor probatório da confissão realizada no acordo de não persecução penal, as razões são diversas e algumas já foram expostas anteriormente.

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **HC n. 756.907/SP**, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/09/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/as/assuncao-culpa-anpp-nao-basta-embasar.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2023.

¹⁵³ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014. p. 411.

Primeiro, porque o acordo de não persecução penal não é um procedimento que visa a produção probatória¹⁵⁴, diferente da colaboração premiada, por exemplo, que além de ser um mecanismo negocial, é também um meio de obtenção de prova (art. 3º-A da Lei nº 12.850/2013). Consequentemente, o acordo de não persecução penal, por ser uma figura negocial pré-processual e sem caráter probatório, não tem o condão de produzir uma prova contra o imputado que optar por realizá-lo. Entendimento em sentido contrário pode legitimar violação da vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) por parte do Ministério Público¹⁵⁵. Explicando melhor esse ponto, Mauro Messias aduz que:

Se o Ministério Público, negocialmente, deu causa à confissão do investigado, apenas para fins de prova do consenso e evitação da denúncia – e não início de prova –, é defeso ao *Parquet*, posteriormente, vir contra os seus próprios atos, isto é, incorrer em comportamento contraditório, ajuizando ação penal lastreada na confissão acima. A essa vedação sugerimos o seguinte brocardo: *venire contra pactum proprium* (“vir contra os seus próprios acordos”), fundado na ideia de que a confissão extrajudicial obtida pelo Ministério Público para os fins exclusivos de acordo de não persecução penal não pode mover o *Parquet* a futuramente “agir contra os seus próprios acordos”. Se a confissão foi obtida consensualmente e apenas para os fins de acordo, por qual motivo, violando essa finalidade, utilizá-la para subsidiar uma ação penal que já possui justa causa? Eventual desrespeito ao *venire contra pactum proprium* poderá desestimular ou, quiçá, desacreditar completamente a legitimidade do acordo de não persecução penal¹⁵⁶.

Parece assistir razão o autor, afinal, é estranho o Estado exigir a confissão do imputado tão somente como um requisito à pactuação do mecanismo negocial “despenalizador” e, posteriormente, vir a utilizá-la em eventual ação penal contra o próprio imputado. Visto esse primeiro ponto, vai-se mais.

Segundo, porque a confissão exigida deve ser vista como um mero pressuposto à celebração do acordo de não persecução penal, não passando de um requisito inócuo e de natureza puramente moral¹⁵⁷. Tal aspecto foi abordado satisfatoriamente no item 3.2, ao qual

¹⁵⁴ GONTIJO, Maria Letícia Nascimento. **O acordo de não persecução penal com instrumento da justiça negocial penal** – análise dos mecanismos de controle à vontade do ministério público. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021, p. 104. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3175>. Acesso em: 11 nov. 2023.

¹⁵⁵ MESSIAS, Mauro. **Acordo de Não Persecução Penal: teoria e prática**. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 65.

¹⁵⁶ MESSIAS, Mauro. **Acordo de Não Persecução Penal: teoria e prática**. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 65.

¹⁵⁷ SILVA, Luís Felipe Conterato da. Acordo de não persecução penal: análise crítica acerca da (in)constitucionalidade e (des)necessidade da confissão. CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 12, 2021, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: PUCRS, 2021. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2021/comp-list-docs.htm>. Acesso em: 31 out. 2023.

remete-se o leitor. Todavia, apenas para reforçar o exposto, têm-se os ensinamentos de Rafael Junior Soares, Luiz Antonio Borri e Lucas Andrey Battini:

(...) 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 das condições, bem como na hipótese de instauração de processos cíveis ou administrativos¹⁵⁸.

Terceiro, e último, porque a exigência da confissão como requisito para a celebração do acordo de não persecução penal é inconstitucional, afrontando a garantia do *nemo tenetur se detegere*, bem como os princípios da proporcionalidade e da própria dignidade da pessoa humana. Uma vez mais, verifica-se que tais reflexões foram discorridas no item 3.3, ao qual remete-se o leitor.

Mas um comentário é pertinente. É que, no item 3.3, analisou-se criticamente a confissão apenas sob o viés de ser requisito à celebração do acordo e, mesmo assim, observaram-se todas as afrontas às garantias e aos princípios supracitados. Com efeito, aqui, em que se analisa criticamente a (im)possibilidade de a confissão ser utilizada como prova e seu pretense valor probatório, com muita mais ênfase se verificam as violações aos princípios da não autoincriminação, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.

À vista de todo o exposto, a única conclusão plausível de se chegar é que: a confissão – obtida unicamente para fins do acordo de não persecução penal - não pode ser utilizada como prova e, igualmente, não tem qualquer valor probatório em eventual ação penal em face do imputado, caso o acordo seja descumprido¹⁵⁹.

Nesse viés, entende-se que a melhor opção, em caso de descumprimento do acordo de não persecução penal, é o desentranhamento da confissão e sua proibição de ser valorada¹⁶⁰.

¹⁵⁸ 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, dez-maio, 2020. p. 223. Disponível em: <https://www.icp.org.br/DocRicip/Breves%20considera%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20o%20Acordo%20de%20N%C3%A3o%20Persecu%C3%A7%C3%A3o%20Penal.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2023.

¹⁵⁹ Entende-se que essa é a posição que deva prevalecer. Contudo, na hipótese de permanecer o posicionamento pela possibilidade de valoração probatória da confissão obtida no acordo de não persecução penal, há de se impor parâmetros mais rígidos para sua consideração judicial, a fim de assegurar minimamente o estado de inocência do réu e limitar o poder punitivo do Estado. Tais parâmetros, tendo em vista os objetivos da pesquisa, não terão como ser aprofundados aqui, mas cabe a ressalva.

¹⁶⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 94. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 11 out. 2023.

Valorar a confissão efetuada no acordo de não persecução penal é recrudescer, ainda mais, a “disparidade entre os integrantes do procedimento”¹⁶¹, invertendo a carga probatória e fazendo com que o Ministério Público não necessite lançar mão de argumentação jurídica robusta, nem se esforce para demonstrar sua pretensão acusatória¹⁶².

4.3 DIÁLOGO ENTRE A CONFISSÃO E OS PROBLEMAS CONTEMPORÂNEOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: CONFISSÃO DE INOCENTES, *OVERCHARGING* E JUIZ DAS GARANTIAS

No ponto, busca-se fazer uma breve análise a respeito das problemáticas atuais envolvendo a confissão no acordo de não persecução penal. Longe de qualquer pretensão exaustiva sobre o tema, a proposta do presente capítulo é lançar pequenas pílulas reflexivas a respeito de pontos específicos.

O primeiro grande problema que salta aos olhos na exigência da confissão para fins do acordo de não persecução penal, é a possibilidade da confissão de inocentes. Obviamente, o cenário fica pior se considerar-se que, atualmente, é possível sobrevir valoração probatória dessa confissão em eventual ação penal, posicionamento ao qual rechaçou-se no tópico anterior.

Seja como for, fato é que a confissão de inocentes é problema recorrente em mecanismos negociais dessa natureza, os quais exigem a confissão do imputado. Ao analisar a barganha e a justiça criminal negocial, de uma forma ampla, Vinicius Gomes de Vasconcellos sublinha que a confissão de inocentes se dá, em grande medida, pela coercibilidade da proposta, “a qual, inquestionavelmente, resulta na confissão de inocentes por medo de punições mais severas em caso de utilização do direito ao julgamento”¹⁶³. Realmente, o receio de exercer o seu direito de defesa, somada a natural incerteza do resultado da ação penal, pode fazer com que o imputado aceite a proposta e “confesse” o delito, mesmo sabendo que é inocente. O processo penal, nessa perspectiva, é tido como um “mal em si”¹⁶⁴.

¹⁶¹ SILVA, José Carlos Felix da; REIS, Debora Cristyna Ferreira; SILVA, Klinsmann Alison Rodrigues Félix da. Inconstitucionalidade Material da Confissão no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, Ano 12, Nº 2, p. 81-97, 2020, p. 94-95. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2021/02/ARTIGO-4.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2023.

¹⁶² GIACOMOLLI, Nereu. José.; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de Justiça Criminal Negocial: Crítica À Fragilização Da Jurisdição Penal Em Um Cenário De Expansão Dos Espaços De Consenso No Processo Penal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 20, n. 3, p. 1108–1134, 2015. p. 1124. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/8392>. Acesso em: 31 out. 2023.

¹⁶³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 31.

¹⁶⁴ LOVATTO, Aline Correa.; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des)acordo de não persecução penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 10, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/17>. Acesso em: 12 nov. 2023.

No caso do acordo de não persecução penal, a coercibilidade da proposta pode ser ainda maior, afinal, caso aceite a figura negocial e cumpra as condições estipuladas, o imputado terá extinta sua punibilidade, sem qualquer efeito condenatório. Inegavelmente, ficar à mercê da incerteza de exercer seu direito ao julgamento pode fazer com que o suspeito - inocente - aceite o acordo e, conseqüentemente, confesse o delito.

A coação para o imputado realizar a confissão não se limita à coercibilidade intrínseca da própria proposta, mas também pode ser causada, em determinados casos, por pressão do órgão acusador. Nesse prisma, há situações em que o próprio agente acusador induz o suspeito a aceitar a proposta, sob o fundamento de que, caso não a aceite, imputações e conseqüências mais graves acontecerão. A isso dá-se o nome de *overcharging*. Dois modelos de *overcharging* são possíveis de serem identificados, o vertical e o horizontal:

O vertical ocorre quando o Ministério Público no momento da tratativa do acordo, inicia o jogo introduzindo uma tentativa de amedrontar o acusado de que ele possa responder por determinado crime, porém com uma gravidade maior, piorando sua situação de forma totalmente incabível, pois os elementos colhidos na fase pré-processual não permitem tal conclusão. Um grande exemplo de *overcharging* vertical é quando existem elementos para ofertar a denúncia por um furto simples, mas o membro do Ministério Público insinua que vai oferecer denúncia, caso não seja feito o acordo, por furto qualificado.

Já no caso do *overcharging* horizontal, o Ministério Público inova a tipicidade jurídica no momento da tratativa do acordo, incluindo na discussão outros crimes que sequer foram colhidos elementos na fase antecedente que pudessem possibilitar tal conclusão. Um exemplo é quando há elementos nos autos de que seria possível o oferecimento de uma denúncia por crime de furto e o Ministério Público relata que oferecerá denúncia também pelo crime de receptação caso não seja efetuado o acordo, mesmo não existindo tais elementos que possibilitem tal ato/fato¹⁶⁵.

Claro que, a prática do *overcharging* é mais conhecida e frequente em terras norte-americanas, tendo em conta que lá, a discricionariedade e o poder de barganhar do órgão acusador são amplos¹⁶⁶, dada as características próprias do *plea bargaining*¹⁶⁷, cuja cultura jurídica inserida é a *common law*¹⁶⁸ - matéria que foi estudada no item 2.2, ao qual remete-se o leitor. No caso do acordo de não persecução penal, por estar inserido no sistema da *civil law* e,

¹⁶⁵ MONTEIRO, Pedro. O *overcharging* e o acordo de não persecução penal. *Conjur*, 24 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-24/monteiro-overcharging-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 12 nov. 2023.

¹⁶⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 67.

¹⁶⁷ LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 1, p. 3-22, 1978, p. 8 (tradução livre).

¹⁶⁸ NARDELI, Marcela Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargainig* norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. *Revista Eletrônica de Direito Processual* – REDP, Rio de Janeiro, v. 14, nº 1, p. 331-365, 2014. 335. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/936/showToc>. Acesso em: 11 out. 2023.

assim, ser um espaço de oportunidade legalmente regulado¹⁶⁹, a discricionariedade do Ministério Público é (de)limitada pelo princípio da legalidade¹⁷⁰. Logo, a prática do *overcharging* é mais fácil de ser coibida e descoberta no campo brasileiro. Isso, contudo, não inibe sua ocorrência, que, infelizmente, é possível de acontecer.

A confissão de inocentes, portanto, pode se dar pela coercibilidade inerente à própria proposta do acordo de não persecução penal ou, ainda, por meio da prática do *overcharging*. Outros pretensos motivos poderiam ser levantados aqui, mas acredita-se que, por ora, estes são suficientes para revelar a importância de se refletir a temática.

Relativamente ao juiz das garantias, a Lei nº 13.964/19 também foi a responsável pela inclusão dessa figura no Código de Processo Penal. Não obstante a isso, o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão monocrática do ministro Luiz Fux, proferida na ADI 6.300 MC/DF¹⁷¹, havia suspenso, por prazo indeterminado, a eficácia da implementação do juiz das garantias e seus consectários (arts. 3º-A a 3º-F, todos do Código de Processo Penal). Tal quadro, finalmente, mudou em meados de agosto de 2023, quando o plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 28, decidiu que a figura do juiz das garantias é constitucional, estabelecendo sua aplicação no prazo de até doze meses, prorrogáveis por mais doze¹⁷².

Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal restringiu a atuação do juiz das garantias apenas à fase do inquérito policial, sendo que, a partir do oferecimento da denúncia, a competência passa a ser do juiz da instrução¹⁷³. Pois bem. Afastada de qualquer pretensão de fazer um estudo crítico aprofundado sobre o tema, o recorte sobre o juiz das garantias que importa ao presente trabalho é sua previsão relacionada ao acordo de não persecução penal.

O inciso XVII, do art. 3º-B, do Código de Processo Penal, passou a prever que cabe ao juiz das garantias “decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação”. Acertadamente, crê-se que a previsão está em consonância com a natural preocupação da figura do juiz das garantias

¹⁶⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 51.

¹⁷⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 43.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADI n. 6.300MC/DF**, Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 22/01/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203608&ext=.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2023.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF considera obrigatória implementação do juiz das garantias**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512751&ori=1>. Acesso em: 13 nov. 2023.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF considera obrigatória implementação do juiz das garantias**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512751&ori=1>. Acesso em: 13 nov. 2023.

em não contaminar o Juiz de instrução, levando em conta aquilo que apregoa a Teoria da Dissonância Cognitiva¹⁷⁴.

Mas, o ponto mais relevante do juiz das garantias sob o viés do acordo de não persecução penal, é quando o acordo não é adimplido e, conseqüentemente, instaura-se uma ação penal em face do imputado. Nesse caso, ganha relevo o juiz das garantias, pois, conforme defendido anteriormente, há a necessidade de que a confissão realizada para fins de celebração do acordo seja desentranhada dos autos¹⁷⁵. Tal medida, além de evitar o contato do Juiz de instrução com a referida confissão, impede o Magistrado de valorá-la em sua sentença.

No mesmo sentido, é o pensamento de Marco Antonio Marques da Silva e Fernando Martinho de Barros Penteado:

Segundo o art. 3º-B, XVII, do Código de Processo Penal, uma das funções do juiz das garantias é justamente “decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação”. Nessa linha, o uso da confissão prestada perante o Ministério Público não integrará os autos do juiz da instrução e julgamento e também por essa razão não será utilizável ou passível de valoração na fase judicial¹⁷⁶.

Realmente, levando em consideração a exigência da confissão para a celebração o acordo de não persecução penal, a atuação do juiz das garantias ganha relevância especial. Entretanto, acredita-se que o mais importante, doutrinaria e jurisprudencialmente, é sedimentar o entendimento no sentido de que a confissão do acordo de não persecução penal não pode ser valorada como prova em eventual ação penal em face do imputado.

Até porque, o juiz das garantias não é capaz de blindar todas as situações de pretensas “contaminações”, porquanto, em determinados casos, o acordo de não persecução penal pode vir a ser homologado já na fase de instrução. Nesse caso, a situação carece de melhor regulamentação, dada a insuficiência do juiz das garantias, aqui, para evitar a contaminação do juiz de instrução.

¹⁷⁴ Sobre isso, ver: LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 32-33. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 11 out. 2023.

¹⁷⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 94. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 11 out. 2023.

¹⁷⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da; PENTEADO, Fernando Martinho de Barros. A confissão como requisito para o acordo de não persecução penal. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis/SC, v. 32, ed. 12, p. P. 311-329, maio/abr. 2022, p. 320. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/8806/6488>. Acesso em: 31 out. 2023.

Por tudo isso, reforça-se que a confissão do acordo de não persecução penal sequer pode ser considerada como uma prova. Daí se diz que o mais importante é defini-la, tão somente, como um mero requisito vazio e moral¹⁷⁷, sem qualquer valor probatório.

¹⁷⁷ SILVA, Luís Felipe Conterato da. Acordo de não persecução penal: análise crítica acerca da (in)constitucionalidade e (des)necessidade da confissão. CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 12, 2021, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: PUCRS, 2021. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2021/comp-list-docs.htm>. Acesso em: 31 out. 2023.

5 CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo ficou claro que, o acordo de não persecução penal surgiu com o mesmo pano de fundo político-criminal de outras figuras negociais, como o *plea bargaining* norte-americano e o *patteggiamento* italiano, bem como os mecanismos negociais brasileiros: a transação penal e a suspensão condicional do processo. Inserido no âmbito da barganha e justiça penal negocial e sob o fundamento de dar celeridade e eficiência ao Judiciário, o acordo de não persecução penal se revela como um novo espaço de oportunidade, legalmente regulado, que excepciona o princípio da obrigatoriedade/necessidade da ação penal.

Muito embora não represente, verdadeiramente, um acordo sobre sentença, pois não gera os mesmos efeitos de uma sentença condenatória, inexistindo registro de antecedentes e não havendo a possibilidade de aplicação de uma pena privativa de liberdade, o acordo de não persecução penal satisfaz o *jus puniendi* estatal, afinal, aplica uma sanção ao imputado, sem o devido processo penal e o contraditório. Com efeito, tal mecanismo negocial, longe de constituir um instituto despenalizador, representa a ampliação do poder punitivo do Estado.

Mas, o elemento de maior relevância ao estudo proposto recaiu no requisito obrigatório da confissão. Diante do que foi apresentado, o desenvolvimento da pesquisa permitiu confirmar a hipótese central, de que a confissão realizada estritamente para fins de celebração do acordo de não persecução penal é um requisito inócuo, inconstitucional e sem qualquer valor probatório.

Conforme aprofundado no trabalho, o requisito da confissão no acordo de não persecução penal não tem razão de ser, sendo sua existência vazia e de natureza puramente moral. Sua inocuidade e índole moral a aproxima da confissão tida no período inquisitório, em que a confissão do pecado era o único meio do herege demonstrar arrependimento e, conseqüentemente, salvar sua alma. No acordo de não persecução penal, a confissão parece ser um meio do imputado demonstrar que se arrependeu do crime supostamente cometido e, assim, fazer jus ao instituto.

Constitucionalmente, o estudo evidenciou que o requisito da confissão afronta princípios e garantias constitucionais. Dentre elas, sublinha-se a violação da garantia da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), bem como do princípio da proporcionalidade. Quanto a este último, ficou demonstrado que a confissão como requisito obrigatório ao acordo de não persecução penal carece de adequação e necessidade. Em última análise, analisou-se que a referida confissão vai de encontro a própria dignidade da pessoa humana, ao tratar o imputado como um objeto.

Quando a confissão - realizada estritamente para fins de celebração do acordo de não persecução penal – foi analisada como pretensa prova em eventual ação penal contra o imputado, em caso de descumprimento do acordo, o presente estudo rechaçou tal possibilidade. As razões, que despojam qualquer valor probatório a essa confissão, vão no sentido de que o acordo de não persecução penal não é um instituto que visa a obtenção de provas, ao contrário da colaboração premiada, por exemplo. Conseqüentemente, dada sua natureza pré-processual e sem pretensão probatória alguma, não há como o referido mecanismo negocial ter o condão de produzir provas contra o imputado, circunstância que impossibilita a valoração probatória da referida confissão. Entendimento em sentido contrário, legitimaria uma inversão da carga probatória, que, no processo penal, cabe exclusivamente ao órgão acusador, tendo em vista o estado de inocência do réu.

Viu-se, também, que o requisito da confissão é temerário frente aos problemas contemporâneos do acordo de não persecução penal. Nesse sentido, a confissão de inocentes e a prática de *overcharging* são riscos que devem ser levados em consideração quando se analisa a questão. Em contrapartida, a implementação do juiz das garantias pode reduzir os danos da exigência de tal pressuposto, embora não seja a solução para o problema.

Por tudo, crê-se que os objetivos propostos no início do trabalho foram alcançados. Em um primeiro momento, foi possível analisar os aspectos gerais envolvendo a barganha e a justiça penal negocial a partir de seus fundamentos de implementação no campo político-criminal, bem como da análise de algumas experiências estrangeiras e as primeiras experiências pátrias. Ainda, explicou-se o que são os acordos sobre sentença e fez-se um exame principiológico da barganha e justiça penal negocial, realçando os princípios da obrigatoriedade/necessidade da ação penal, da oportunidade e da legalidade.

Em segundo plano, adentrou-se, especificamente, no estudo do acordo de não persecução penal, verificando suas similitudes e diferenças em relação a outras figuras negociais penais. Além disso, buscou-se fazer uma análise crítica do requisito da confissão. As conclusões obtidas foram lá expostas e aqui repassadas.

No terceiro (e último) capítulo, mergulhou-se na possibilidade de a confissão ser, ou não, utilizada como prova em eventual ação penal em face do imputado. Prontamente, afastou-se a ideia ventilada, concluindo que tal confissão não tem qualquer valor probatório, devendo ser desentranhada dos autos. De forma derradeira, foram levantadas pequenas pílulas reflexivas sobre o requisito da confissão frente a algumas problemáticas atuais do acordo de não persecução penal, como a confissão de inocentes, o *overcharging* e o juiz das garantias.

Pois bem.

A conclusão absoluta que se chega é de que, em um cenário ideal, haveria a necessidade do requisito da confissão, para fins de celebração do acordo de não persecução penal, ser declarado inconstitucional. Contudo, ainda que assim não seja feito, é preciso sedimentar entendimento no sentido de que tal confissão não pode jamais servir como prova em eventual ação penal contra o imputado, em caso de descumprimento do acordo, sendo despida de qualquer valor probatório e devendo ser desentranhada dos autos. Em última análise, inexistindo o reconhecimento de sua manifesta inconstitucionalidade, a confissão no acordo de não persecução penal deve ser vista como aquilo que realmente é, ou seja, como um mero requisito inócuo e vazio, de índole puramente moral e sem qualquer valor probatório.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining**: Aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007.

BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 104, ano 21, p. 147-171, set.-out. São Paulo, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 183, de 24 janeiro de 2018**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. 2018a. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Federal nº 10.372, de 06 de junho de 2018**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018, p. 31-32. 2018b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL+10+372/2018. Acesso em: 29 mai. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 De Outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro. RJ: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. **Lei Nº 9.099 de 26 de Setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília. DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 756.907/SP**, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/09/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/as/assuncao-culpa-anpp-nao-basta-embasar.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADI n. 6.300MC/DF**, Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 22/01/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203608&ext=.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF considera obrigatória implementação do juiz das garantias**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512751&ori=1>. Acesso em: 13 nov. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626072/>. Acesso em: 25 out. 2023.

CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de; NETTO, Fábio Prudente. Comentários sobre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal. **Conjur**, 15 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/opiniao-exigencia-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 25 out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Justiça em Números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em: 25 out. 2023.

CORDERO, Franco. **Procedimento penal**. Vol. 1. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2002.

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

DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. A necessidade de confissão como requisito para o acordo de não persecução penal e as repercussões produzidas no processo penal e nas demais esferas do direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, Ano 16, v. 23, n.1, 2022, p. 86-114, 2022. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/58417>. Acesso em: 31 out. 2023.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. **Justiça Negociada e fundamentos do direito penal**: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco; BUONICORE, Bruno Tadeu. As relações de complementaridade entre direito penal, direito processual penal e política criminal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 13, ed. 1, p. 20-40, abril 2023.

DELMANTO, Fábio Machado de A.; DELMANTO, Roberto; JÚNIOR, Roberto D. **Leis penais especiais comentadas**. São Paulo: SaraivaJur, 2018. *E-book*. ISBN 9788553602209. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602209/>. Acesso em: 30 out. 2023.

DEVERS, Lindsey. **Research Summary**: plea and charge bargaining. Bureau of Justice Assistance. U.S. Department of Justice, Arlington, jan. 2011. Disponível em: <https://bja.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh186/files/media/document/PleaBargainingResearchSummary.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

FRANCO, José Henrique Kaster. O que a justiça consensual italiana tem a ensinar ao Brasil: patteggiamento e Projeto Moro. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, ano XV, n. 19, p. 209-242, 2020. Disponível em: <http://www.xn--associaoportuguesadedireitodoconsumo48c5m.pt/Revista-Judici%C3%A1ria-do-Paran%C3%A1.pdf#page=210>. Acesso em: 11 out. 2023

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 11 out. 2023.

GIACOMOLLI, Nereu. José.; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de Justiça Criminal Negocial: Crítica À Fragilização Da Jurisdição Penal Em Um Cenário De Expansão Dos Espaços De Consenso No Processo Penal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 20, n. 3, p. 1108–1134, 2015. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/8392>. Acesso em: 31 out. 2023.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**. Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2009.

GONTIJO, Maria Letícia Nascimento. **O acordo de não persecução penal com instrumento da justiça negocial penal** – análise dos mecanismos de controle à vontade do ministério público. Orientador: Vinicius Gomes de Vasconcellos. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3175>. Acesso em: 11 out. 2023.

GOUVEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no Processo Penal Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v. 4, n. 1, p. 11–20, 2016. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/65753>. Acesso em: 31 out. 2023

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal**. A implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. **The University of Chicago Law Review**, v. 46, n. 1, p. 3-22, 1978.

LOPES JR., Aury. A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM. **Boletim Especial Justiça Penal Negocial**, ano 29, p. 4-6, jul. 2021. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/749/2>. Acesso em: 31 out. 2023.

- LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 11 out. 2023.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 11 out. 2023.
- LOVATTO, Aline Correa.; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des)acordo de não persecução penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 10, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/17>. Acesso em: 12 nov. 2023.
- MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-book*. ISBN 9786555598872. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598872/>. Acesso em: 11 out. 2023.
- MESSIAS, Mauro. **Acordo de Não Persecução Penal: teoria e prática**. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- MONTEIRO, Pedro. O overcharging e o acordo de não persecução penal. **Conjur**, 24 outubro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-24/monteiro-overcharging-acordo-naopersecucao-penal>. Acesso em: 29 maio 2023.
- NARDELI, Marcela Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargainig norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 14, nº 1, p. 331-365, 2014. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/936/showToc>. Acesso em: 11 out. 2023.
- NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 95. *E-book*. ISBN 9786559646838. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646838/>. Acesso em: 11 out. 2023.
- OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. Os sentidos da confissão no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Piauí**, Piauí, ano 1, ed.1ª ed., jan/jun, 2021. p. 464-481. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2022/02/Os-sentidos-da-confissa%CC%83o-no-Acordo-de-Na%CC%83oPersecuc%CC%A7a%CC%83o-Penal.pdf>. Acesso em: 31 out. 2023.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.
- POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1972.
- REALE JR., Miguel. **Código penal comentado**. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-book*. ISBN 9786555599510. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599510/>. Acesso em: 11 out. 2023.

SANTOS, Marcos Paulo D. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559645077. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645077/>. Acesso em: 30 out. 2023.

SILVA, Luís Felipe Conterato da. Acordo de não persecução penal: análise crítica acerca da (in)constitucionalidade e (des)necessidade da confissão. CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 12, 2021, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: PUCRS, 2021. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2021/comp-list-docs.htm>. Acesso em: 31 out. 2023.

SILVA, Marco Antonio Marques da; PENTEADO, Fernando Martinho de Barros. A confissão como requisito para o acordo de não persecução penal. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis/SC, v. 32, ed. 12, p. P. 311-329, maio/abr. 2022. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/8806/6488>. Acesso em: 31 out. 2023.

SILVA, José Carlos Felix da; REIS, Debora Cristyna Ferreira; SILVA, Klinsmann Alison Rodrigues Félix da. Inconstitucionalidade Material da Confissão no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, Ano 12, nº 2, 2020, p. 81-97. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2021/02/ARTIGO-4.pdf>. Acesso em: 31 out. 2023.

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, dez-maio, 2020. Disponível em: <https://www.icp.org.br/DocRicip/Breves%20considera%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20o%20Acordo%20de%20N%C3%A3o%20Persecu%C3%A7%C3%A3o%20Penal.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2023.

SOUZA, Renee do Ó. **Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019**. 1. ed., 1 reimp. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**. Do Pacote Anticrime II. Ed. 185. Brasília: fev. 2022, p. 2. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/12370/12474>. Acesso em: 29 out. 2023.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPRELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 15, n. 15, p. 435- 453, 2015. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/1027/showTop>. Acesso em: 11 out. 2023.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira; acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 166, ano 28, p. 241-271. São Paulo: Ed. RT, abril 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça Criminal Negocial e Direito de Defesa: Os acordos no processo penal e seus limites necessários. **Boletim Especial Justiça Penal Negocial**, ano 29, p. 7-9, jul. 2021. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/749/2>. Acesso em: 31 out. 2023.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 289-306, 2021.

VERISSIMO, Érico. Ana Terra - O continente I. *In*: VERISSIMO, Érico. **O tempo e o vento**. 3ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camile Eltz de; MARTINS-COSTA, Antonio; RAMOS, Marcelo Butelli. Acordo de Não Persecução Penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, ano 11, n. 26, p. 42-64, jan/jun 2020. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/202009/11151457-revista-26.pdf>. Acesso em: 22 out. 2023.

NUP: 23081.155842/2023-45

Prioridade: Normal

Homologação de ata de defesa de TCC e estágio de graduação

125.322 - Bancas examinadoras de TCC: indicação e atuação

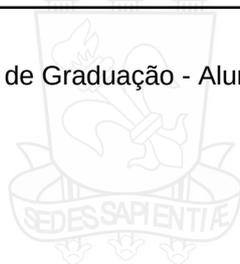
COMPONENTE

Ordem	Descrição	Nome do arquivo
6	Trabalho de conclusão de curso (TCC) (125.32)	HenriqueCereserSchneider_monografiall.pdf

Assinaturas

14/12/2023 10:43:14

HENRIQUE CERESER SCHNEIDER (Aluno de Graduação - Aluno Regular)
06.09.05.01.0.0 - Direito Diurno - 13850



1960



1960

Código Verificador: 3647228

Código CRC: fba07a28

Consulte em: <https://portal.ufsm.br/documentos/publico/autenticacao/assinaturas.html>

