

CONTROVÉRSIAS DIANTE DA EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO FORMAL NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

(Controversies over the requirement of formal confession in the Non Persecution
Criminal Agreement)

Laura Rodrigues Martins¹

Resumo: O presente trabalho objetiva investigar os parâmetros em que a confissão formal deve ser exigida no Acordo de Não Persecução Penal, além de estabelecer uma relação de como o avanço da Justiça Penal Consensual no Processo Penal Brasileiro a partir da justificativa de promover celeridade diante da sobrecarga do judiciário.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal, Processo Penal, Confissão Formal, Justiça Penal Consensual.

Abstract: The present work aims to investigate the parameters in which the formal confession must be required in the Criminal Non-Persecution Agreement, in addition to establishing a relationship of how the advancement of Consensual Criminal Justice in the Brazilian Criminal Procedure from the justification of promoting celerity in the face of the overload of the judiciary.

Keywords: Non-Prosecution Agreement, Criminal Procedure, Formal Confession, Consensual Criminal Justice.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: juridicolauramartins@gmail.com. Uberlândia-MG, Brasil. Artigo Científico apresentado a Universidade Federal de Uberlândia como requisito para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Sumário

1 Introdução	3
2 Justiça Penal Consensual: a necessidade de cautela em relação à Barganha	4
3. O Acordo de Não Persecução Penal na Lei 13.964/19	5
4 O prejuízo reputacional de um processo criminal e a celebração do ANPP	7
5 A exigência de Confissão Formal e Circunstanciada	9
6 Violação de princípios e Direitos Fundamentais anteriormente estabelecidos em relação ao acusado.	14
7 Conclusão	17
8 Referências Bibliográficas.....	18

1 Introdução

A Justiça Penal Consensual tem ganhado cada vez mais espaço no Processo Penal brasileiro, a partir de um espectro de solução de conflitos. A sobrecarga do judiciário fez urgir a necessidade de adequação à atuação das partes integrantes de um processo.

O objetivo de tornar as demandas mais céleres trouxe a possibilidade de descomplexificar os procedimentos, a fim de possibilitar um resultado satisfatório entre a acusação, o acusado e a vítima.

Apesar de já ser implementada em diversos países, a Justiça Penal Consensual passou a ser implementada no Brasil somente a partir da década de 90, com a implementação da Lei nº 9.099/95², que trouxe a possibilidade de transação penal (art. 76), a composição civil (art. 74) e a suspensão condicional do processo (art. 89).

Assim, a partir da década de 90, com criação do instituto da transação penal, a justiça Penal começou a ser proposta não mais somente para suprir a pretensão punitiva do Estado, mas também a proporcionar um caráter reparador as vítimas. Desta feita, iniciou uma revolução da justiça criminal e a transação penal passou a ser oportunizada como uma alternativa nos crimes de menor potencial ofensivo e crimes com pena máxima não superior a 2 (dois) anos.

Com as resoluções de nº 181/17³ e 183/18⁴ do CNMP, iniciou-se um movimento negocial, que no futuro viria a se tornar o Acordo-de-Não-Persecução-Penal. A resolução previa a possibilidade de o *parquet* ofertar condições para não perpetuação do processamento do ilícito, e o acordo posteriormente positivado e incluído no Código de Processo Penal buscou fundamentar e ampliar o instrumento que já vinha sendo utilizado.

² BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099. Acesso em: 25 de maio de 2022.

³ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução 181**, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em 25 de maio de 2022.

⁴ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução 183**, de 24 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5586/>>. Acesso em 25 de maio de 2022.

Entretanto, com a implementação da Lei 13.694/19 passaram a serem definidos os requisitos para a celebração do Acordo-de-Não-Persecução-Penal, fazendo urgir a necessidade de análise e simetria ao novo instituto.

2 Justiça Penal Consensual: a necessidade de cautela em relação à Barganha

Com o intuito de possibilitar aceleração procedimental em relação aos procedimentos a serem adotados na esfera criminal, a Justiça Penal Consensual ganhou espaço nos ordenamentos jurídicos mundiais, e posteriormente em cenário brasileiro.

Entretanto, a aplicação de instrumentos de consenso no processo penal requer prudência para que este não seja utilizado como barganha sob a ótica do Estado em relação ao acusado, e conseqüentemente a sociedade.

A natureza extrajudicial objetivando a aceleração procedimental poderá encaminhar a atuação das partes a uma barganha que nem sempre será a mais benéfica e satisfatória ao acusado, com probabilidade de violação de direitos e princípios anteriormente por ele adquiridos.

A barganha tem origem nos Estados Unidos, com foco principal na *plea bargaining*, que tem sido apontada internacionalmente como referência, corre riscos de cópia e importunação de modelos anglo-saxões em realidades ocidentais como a do Brasil.

Como consequência, a barganha pode vir a reduzir a atuação da defesa e impor condições desproporcionais em uma relação entre acusador e acusado, coagindo este último a aceitar termos que se prostram como contrato de adesão.

A necessidade de cautela em relação ao consenso no processo penal brasileiro em relação à barganha fica ainda mais evidente em casos que o acusado não tem condições financeiras de arcar com as custas das negociações a ele propostas. Assim, com promessas de redução do encarceramento em massa, pode ser que ocorra o contrário em relação aqueles em condições de hipossuficiência, enquanto de outro lado pode gerar a construção de uma intimidação provocada por receio de agravamento de punição.

Embora tenha suas benesses, a Justiça Penal Consensual deve estar atenta ao aumento de risco de condenação de inocentes em processos criminais.

3. O Acordo de Não Persecução Penal na Lei 13.964/19

Com o abarrotamento do sistema jurídico penal foi cada vez mais incentivada à busca por uma via extra procedimental e consensual para solução de conflitos de maneira mais célere.

Já havia pelo Ministério Público a possibilidade de promoção de acordo entre o órgão acusador e o acusado pela resolução nº 181/17, que posteriormente foi atualizada pela resolução nº 183/18.

As resoluções nº 181/17 e nº 183/18 foram regulamentadas buscando celeridade processual em delitos de menor gravidade, e redução de sentenças condenatórias criminais.

Entretanto, as resoluções foram alvo de diversas ações críticas acerca de sua ilegalidade e inconstitucionalidade diante de violações ao princípio da legalidade e a competência a ser estabelecida em matéria criminal.

Com a necessidade de modificação diante das críticas recebidas, foram utilizadas como inspiração para criação do Acordo de Não Persecução Penal as regras de Tóquio, experiência Francesa e experiência Alemã.

Karlos Alves⁵ leciona que:

As regras de Tóquio ou as experiências francesa e alemã estão pautados na incorporação ao sistema penal de uma justiça negocial, que procura institutos capazes de proporcionar saídas abreviadas ao processo penal. Em nosso sistema jurídico penal, a incorporação dessas ideias se traduz em um redimensionamento ou releitura do princípio da obrigatoriedade da ação penal, na medida em que consolida-se um modelo que busca superar a ideia de justiça criminal puramente conflitiva.

Com a aprovação da Lei nº 13.964 em dezembro de 2019, que promoveu diversas alterações na legislação criminal brasileira, foi também regulamentado o Acordo de Não Persecução Penal, previsto no Art. 28-A⁶. Neste, prevê-se a

⁵ ALVES, Karlos. Pacote Anticrime: lei 13.964/19 comentada artigo por artigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 108.

⁶ 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

possibilidade de oferecimento pelo Ministério Público nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça desde que a pena prevista para o tipo penal a ser aplicado não seja superior a 04 (quatro) anos, somados ao fato de que o acusado tenha confessado formal e circunstancialmente a infração praticada.

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;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por ser um instrumento jurídico de natureza pré-processual, firmado entre o titular constitucional da ação penal e o acusado, com a possibilidade de decisão de não persecução penal e a promessa de garantia de celeridade processual, o Acordo de Não Persecução Penal tem sido oferecido como uma alternativa diversa ao oferecimento de denúncia pelo *parquet*.

Nesse sentido, leciona Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2020, p. 84)⁷:

No acordo de não persecução penal há um consenso, um acordo de vontades, em que o investigado voluntariamente concorda em prestar serviços à comunidade ou pagar prestação pecuniária (ou cumprir outros requisitos previsto na Lei), em troca do compromisso do Ministério Público de não promover a ação penal e de pugnar pela extinção da punibilidade, caso a avença seja integralmente cumprida.

Desta forma, o acusado acaba por se sentir pressionado a atuar com receio de maiores consequências que poderão vir a surgir se não pactuar. Assim, embora sejam cotidianamente proferidos discursos acerca de suas benesses, o instrumento deve ser analisado com cautela diante de suas peculiaridades.

4 O prejuízo reputacional de um processo criminal e a celebração do ANPP

Constantemente a população em geral aborda as investigações criminais previamente como condenações, apontando os investigados como réus. Com o avanço das tecnologias informativas e o acesso as mídias sociais acontecendo de maneira cada vez mais acelerada, a consequência de uma reportagem informativa que apresente uma notícia de investigação sobre qualquer indivíduo rapidamente se torna distorcida e amplamente divulgada.

Aquele que até então apresentava uma conduta ilibada e uniforme, já se torna um condenado no tribunal da *internet* e, na maioria das vezes, ainda que se prove sua inocência será constantemente apontado como um criminoso.

Quando o acusado de um ilícito penal é uma pessoa pública, seja ele um empresário, político, ou pessoa mais conhecida na cidade, o problema aqui relatado se torna ainda mais expressivo. Aquele que tiver seu nome veiculado na imprensa, ainda que provada sua inocência, sempre terá vinculado ao seu trabalho a “mancha” de um processo judicial criminal.

⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal: À luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.84.

A aqueles que dependem de uma relação de confiança para estabelecer seu trabalho e sustento, a reputação se torna mais valorosa que o patrimônio pecuniário, e uma vez que a sua relação de confiança for prejudicada, dificilmente ela será recuperada.

Nesse sentido, o Acordo de Não Persecução Penal também apresenta seus desafios, pois ainda que o acusado seja inocente acaba aceitando pactuar para evitar a morosidade processual e mitigar o prejuízo reputacional que já foi causado.

Assim, se antes era importante fazer de tudo para provar a inocência do acusado, com negativa de autoria, apontamentos de nulidade ou justificativas de legalidade dos atos praticados, agora passou a ser importante prever os possíveis cenários com seus possíveis desfechos, buscando ajustar as condutas ou colaborar com a Justiça, ainda que acatando a algumas violações de direitos do acusado.

Exercer a defesa daqueles que trabalham através de sua reputação, e tentar restaurá-la ainda que há longo prazo, torna a atuação do Advogado Criminalista ainda mais complexa. Uma denúncia, um processo judicial ou um inquérito policial podem afetar significativamente a percepção que se tem daquele que é acusado. Mesmo havendo absolvição posterior nos tribunais, o dano à imagem já está causado e pode ser irreparável.

Assim, os acusados são colocados em um dilema. Conforme leciona Tedesco Ignácio⁸, paira a dúvida de:

“esperar passivamente a confirmação da presunção de sua inocência, ciente dos riscos que isso implica em um meio coercitivo por natureza, ou aceitar uma dessas regras e decidir resolver a questão do modo mais rápido e econômico possível.”

A morosidade do poder judiciário acaba por agravar ainda mais a imposição e coercitividade do acordo, pois diante de um risco reputacional não resta ao acusado outra alternativa se não a de confessar e pactuar o “contrato de adesão” oferecido pelo *parquet*.

Colacionado a isso, ser uma pessoa conhecida não faz de alguém automaticamente possuidor de condições financeiras altas. Entretanto, com a ampla divulgação pela imprensa e mídias sociais, sem sequer ler e participar dos autos, como se determinado acusado por ser conhecido possui muitas posses, pode contribuir para

⁸ TEDESCO. Ignácio F. Algunas precisiones em torno al juicio abreviado y al privilegio contra la autoincriminación. In: MAIER, Julio B, J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 312 (tradução livre).

que possa ser pactuado um Acordo de valor econômico alto que não poderá ser sustentado economicamente pelo acusado a longo prazo.

A influência e a repercussão negativa da reputação norteia o caos de acordos que posteriormente serão anulados e/ou descumpridos por peculiaridades de cada caso. Ainda que aquele que pactue um acordo de valor pecuniário alto tenha condições financeiras para mantê-lo no momento da celebração, pode ser que com o dano reputacional afete suas condições de trabalho, produção, consumo e lucros, e a longo prazo ele deixe de ter as condições financeiras de cumprimento sem afetar seu sustento e de sua família.

5 A exigência de Confissão Formal e Circunstanciada

A bilateralidade do Acordo de Não Persecução Penal tem enfrentado dificuldades em relação às negociações do instituto. Apesar de haver previsão na legislação, na praxe cotidiana o ANPP acaba sendo oferecido como um contrato de adesão, de modo que a possibilidade de acusação formal passa a ser um modo coator para buscar a obtenção do acordo a qualquer custo.

Assim, enquanto de um lado o Ministério Público impõe um acordo com requisitos já previamente definidos e o oferece como um contrato de adesão, concedendo como alternativas a celebração formal mediante o aceite das medidas ou o oferecimento de denúncia, de outro lado a defesa luta para buscar um ajuste adequado que proporcione ao acusado uma medida equilibrada em relação ao ilícito praticado e suas possibilidades de cumprimento do pacto estabelecido.

O *caput* do artigo 28-A do Decreto Lei nº 3.689/41 dispõe que o investigado deve confessar formal e circunstancialmente a prática de infração penal. Entretanto, quando comparamos a hipótese de oferecimento de ANPP com os casos de transações penais instruídos pela Lei 9.099/95, não há a exigência de confissão formal.

Por ocorrer à margem da jurisdição, o instrumento deveria estar adequado a uma regulamentação normativa acerca dos limites da atuação do Ministério Público. Uma vez que não é delimitada a atuação do negociador responsável por ser o titular da ação penal, abre-se margem para o cometimento de injustiças, quando o ANPP passa a ser oferecido de maneira impositiva.

Implicitamente, são oferecidas apenas duas opções ao acusado: a aceitação de um acordo a ser firmado como um contrato de adesão (não aberto a negociações) ou o oferecimento da denúncia, que pode ser interpretada como uma solução mais gravosa do que a adesão ao Acordo de Não Persecução Penal.

Como se não bastasse, há expressado na legislação como requisito indispensável à celebração do acordo, a confissão formal e circunstanciada para a resolução dos conflitos penais. Tal exigência, pautada em uma promessa de garantia de celeridade processual, viola o garantismo penal já previamente conquistado e positivado na legislação, e fere a ética negocial democrática, vez que impede a bilateralidade do acordo e deixa lacunas de limites extremamente amplos sobre o instrumento.

Assim, frente a estes desafios apresentados, cabe à defesa recorrer a controle jurisdicional que somente ocorre em juízo no momento da homologação do acordo que foi pactuado entre as partes. Ou seja, diante de uma perspectiva coercitiva em que o acordo vem sendo proposto como um contrato de adesão, só tem sido possível buscar sua adequação após o aceite, não sendo oportunizado ao acusado discutir previamente as cláusulas a ele oferecidas através do acusador.

Na atuação prática, urge a necessidade de estratégias defensivas que busquem manejar recursos que em juízo apresentem a impossibilidade de cumprimento do acordo através de comprovação das peculiaridades do pactuante, fundamentando seus pedidos por meio de provas que justifiquem a anulação ou ajuste de cláusulas anteriormente firmadas.

Entretanto, ainda que apresentados em juízo todos os motivos plausíveis para anulação ou ajuste de cláusulas, os pedidos apresentados pelo acusado ficam a mercê da “sorte”, pois por se tratar de um tema novo, mal delimitado e probatório, a defesa apresenta dificuldade de acesso às discussões, vez que com a paridade de armas prejudicada entre ela e o *parquet* fica ainda mais suscetível à violação de direitos.

Alguns autores defendem e expressam pareceres favoráveis em relação à exigência de confissão formal e circunstanciada, e a autonomia do Ministério Público em promover o Acordo de Não Persecução Penal.

Seguindo por esta linha argumentativa, Dower e Souza⁹ argumentam que no acordo de não persecução penal:

A confissão produz deste modo dois efeitos práticos: a) impede que um acordo de não persecução penal seja celebrado por pessoa cujas provas não indicam ou converjam para sua participação no delito; b) produz, um novo “mindset” de efeito psíquico de arrependimento pela prática da infração penal, um sentimento apto a produzir uma mudança de atitude e comportamento que parte da ideia de corrigir o erro (DOWER e SOUZA, 2019, p. 165).

Entretanto, em análise contrária a tais entendimentos, embora haja a exigência de confissão formal, o acusado acaba por aceitar os termos a ele impostos em troca da extinção da punibilidade e da garantia de permanecer primário e com bons antecedentes diante dos fatos a ele imputados.

Como desvantagem, pode ser que ocorra de a confissão ser realizada sem a devida assistência de defesa técnica ao acusado e, conforme pautado inclusive na Lei nº 13.964/19, que o Estado-Juiz atue somente na homologação dos acordos.

Nucci¹⁰ leciona que a confissão exigida, é inconstitucional:

“Confissão formal e circunstanciada: demanda o dispositivo uma condição do investigado, representando a admissão de culpa, de maneira expressa e detalhada. Cremos inconstitucional essa norma, visto que, após a confissão, se o acordo não for cumprido, o MP pode denunciar o investigado, valendo-se da referida admissão da culpa. Logo a confissão somente terá gerado danos ao confitente.” (NUCCI, 2020a, p. 222-223).

Em mesma linha de parecer desfavorável acerca do tema, Aury Lopes Junior¹¹ leciona que a exigência de confissão formal viola o direito ao silêncio:

“O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio nemo tenetur se detegere, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório”. (LOPES JR. 2020, p. 118-119).

⁹ SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). Acordo de não persecução penal. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020a.

¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 118-119.

Assim, é necessário adequar tal exigência, que não ocorre em instrumentos como a transação penal, para que não sejam constantes as violações aos direitos do acusado.

A exigência de confissão formal, amplamente criticada pelos doutrinadores, também traz desvantagem ao inocente. Com a utilização quase integral das antigas resoluções do CNMP, 181/17 e 183/18 respectivamente, para incrementar a Justiça Criminal Negocial no Brasil, houve um claro excesso legislativo ao conservar os mesmos requisitos na celebração do Acordo de Não Persecução Penal.

Conforme já anteriormente mencionado a crítica do doutrinador Aury Lopes Jr, a possibilidade do órgão acusador oferecer o acordo, formular suas cláusulas, e posteriormente oferecer a Denúncia caso não seja celebrado, fere inclusive a paridade de armas entre a defesa e o *parquet*.

Ou seja, a defesa se torna o elo mais fraco na relação entre as partes, e fica ainda mais prejudicada com a exigência de o acusado confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal. O legislador não teve cautela ao verificar a inconstitucionalidade dos requisitos anteriormente estabelecidos na resolução do CNMP, e com a aprovação do Pacote Anticrime permitiu a perpetuação do ilícito legislativo.

A perpetuação do ilícito aqui mencionado pode ser ainda mais explícita quando observamos que os institutos abordados na Lei 9.099/95 para a negociação consensual penal com os crimes de menor potencial ofensivo não exigem a confissão formal. Assim, quando são propostos nos Juizados Especiais Criminais os institutos da Composição Civil de Danos, a Transação Penal e a Suspensão Condicional do Processo, mantém-se a atenção aos princípios do contraditório e não incriminação.

Ou seja, exige-se a confissão formal antes do oferecimento da denúncia e sem que exista um lastro probatório mínimo que justificasse, ainda que em tese sumária, os requisitos formulados de maneira diversa a aplicação usual da legislação processual penal adjacente.

O legislador, ao manter as disposições das resoluções do CNMP no ANPP, sonogou do indivíduo garantias elementares que foram conquistadas e adquiridas a duras penas ao longo de décadas.

A sonegação de princípios como o que estabelece a não auto incriminação e o direito de não produzir provas contra si mesmo, conquistados até mesmo em pactos

internacionais, perpetua um viés punitivista que comumente é aplicado no Ministério Público.

Conforme a Justiça Penal Negocial abordada na legislação de Juizados Especiais Criminais, sua maior diferenciação em relação ao ANPP se reforça na não exigência de confissão formal e circunstancial da prática delitiva, vez que até as condições propostas aos acusados são muito semelhantes. Não é plausível a obrigatoriedade de uma exigência que fere princípios já anteriormente adquiridos, e que gera ainda mais obstáculos à celebração dos acordos, quando o objetivo da implementação é justamente o oposto.

A dualidade no conflito de interesses, se expressa quando se observa a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública para facilitação da celeridade processual, que trouxe economia para as partes, beneficiando principalmente os entes estatais, quais sejam: Defensoria Pública, Ministério Público e o próprio Poder Judiciário que reduziu gastos inclusive em seu quadro de servidores.

Quando o investigado, mesmo que inocente tem a exigência de confissão de um crime que não cometeu para que evite a morosidade de um processo judicial que se perpetuaria por longos anos, ele lança mão de seus direitos.

Paira a dúvida do que será abordado no futuro se a celebração do ANPP for anulada, em razão do descumprimento das cláusulas abordadas ou por manejo de recursos apresentados pela defesa. É importante questionar sobre até que ponto, ainda que haja uma implícita vedação, essa confissão poderá ser utilizada futuramente pelo *parquet* em juízo contra o réu como prova para fortalecer uma condenação. Além disso, também deve-se questionar se a confissão exigida tem, ainda que em tese extraprocessual, o mesmo valor probatório conferido à confissão em juízo.

Nesse sentido, leciona Aury Lopes Júnior¹²:

"no fundo, a questão situava-se (e situa-se, ainda) no campo da culpa judaico-cristã, em que o réu deve confessar a arrepender-se, para assim buscar a remissão de seus pecados (inclusive com a atenuação da pena, artigo 65, III, 'd', do Código Penal). Também é a confissão, para o juiz, a possibilidade de punir sem culpa. É a possibilidade de fazer o mal através da pena, sem culpa, pois o herege confessou seus pecados".

¹² LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9ª ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 646.

Ainda que seja argumentado que não, caso o acordo posteriormente seja anulado ou descumprido, o Juiz será relativamente contaminado pela confissão que foi pactuada durante a celebração do acordo. Ou seja, o peso de uma confissão formal e circunstanciada realizada perante o defensor do acusado, também será valorada.

O Código de Processo Penal em seu art. 155¹³, caput, aduz que o juiz apreciará de livre convicção quando houver confrontação de provas colacionadas na instrução processual. Nesse sentido, relacionando essa livre convicção garantida pela legislação processual adjacente, Renato Brasileiro de Lima¹⁴ colaciona que:

"Essa denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público poderá trazer, como suporte probatório, inclusive a confissão formal e circunstancial do investigado por ocasião da celebração do acordo."

Assim, cabe verificar se a exigência que foi permitida com o Pacote Anticrime é plausível em um cenário que permite seu uso posterior como autoincriminação. Uma vez violados princípios garantidores a uma defesa justa e igualitária do réu, suas condutas contaminarão todo o processo penal.

6 Violação de princípios e Direitos Fundamentais anteriormente estabelecidos em relação ao acusado.

O sistema punitivo brasileiro é a forma estabelecida pelo Direito Penal para punir aqueles que prejudicam o viver em sociedade. É a resposta as injustas agressões sofridas.

Objetivando celeridade e promoção de uma nova finalidade da punição, o Acordo de Não Persecução Penal ainda carece de adequação diante dos meios que vem sendo utilizados em sua celebração.

O fato de não haver uma delimitação estrita que disponha sobre o oferecimento ou não da denúncia, torna o acordo um direito público subjetivo do acusado, e por consequência traz questionamentos sobre o uso discriminatório do instrumento.

¹³ DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.

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.

¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único, 8ª ed., juspodivm, 2020, p.287.

Nesse sentido, Aury Lopes Junior¹⁵, assim como outros doutrinadores, leciona que:

“Entendemos que – preenchidos os requisitos legais – se trata de direito público subjetivo do imputado, mas há divergência no sentido de ser um “poder do Ministério Público” e não um direito do imputado”.

Incumbe ao Ministério Público a pretensão acusatória, e não a pretensão punitiva como visualizamos que ocorre na celebração dos acordos. Ou seja, quando não temos estabelecidos os limites de sua atuação, o órgão acusador passa a utilizá-lo como um modo de intimidação para influenciar a confissão e o aceite do acordo previamente elaborado.

Conforme aduz Anabela Rodrigues¹⁶, este cenário retrata a dura realidade constatada na prática de que:

é o paradigma da justiça proclamada por um terceiro imparcial e garante dos direitos dos mais fracos que está posto em causa, mas à custa exatamente dos mais fracos.

Não obstante, a realidade até aqui exposta, provoca insegurança jurídica tanto ao acusado, quanto a população em geral diante da subjetividade dos agentes públicos. Uma vez que fica disponível ao órgão acusador a opção de promover o acordo, tem-se conseqüentemente violado o princípio da paridade de armas, pois não ficam disponíveis para a defesa os mesmos tratamentos e faculdades processuais.

A importância do princípio do contraditório também se expressa aqui, ao passo que deve ser oportunizado ao acusado com o intuito de atingir um fim consensual.

Nesse sentido, leciona Ada Pellegrini¹⁷:

Do contraditório, como princípio de participação, surge uma importante indicação, que foi salientada pelas doutrinas alemãs e italiana: o objetivo principal de garantia não é a defesa, estendida em sentido negativo como oposição e resistência, mas sim a ‘influência’.

¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p. 316

¹⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal, cit., p. 241.

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas Tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p.18.

Eduardo Saad Diniz¹⁸ leciona sobre a ética negocial e compliance aplicados a justiça consensual, ao aduzir que é possível transportar a transparência dos contratos para o Ministério Público.

A hipótese de arquivamento é caso impeditivo de Acordo de Não Persecução Penal, sendo que concomitantemente também não pode ser usado o acordo quando claros os requisitos da falta de justa causa e da atipicidade da acusação, podendo o acordo ser revisto e anulado pelo Juiz. Cláusulas inconstitucionais como a inelegibilidade também não podem ser mantidas em Acordo de Não Persecução Penal (ou seja, há limites nas condicionantes).

Tais peculiaridades do Acordo de Não Persecução Penal demonstram, ainda mais, a importância de defesa efetiva para o acompanhamento do acusado durante a negociação com o Ministério Público e as novas habilidades negociais exigidas aos Advogados Criminalistas.

Visando nortear a interpretação das melhores vias a serem abordadas na celebração dos acordos, é necessário refletir sobre uma série de princípios que busquem humanizar a justiça criminal, não permitindo que ela seja somente um instrumento de barganha. Cabe à justiça penal consensual incluir a coletividade nas negociações, com paridade de armas, e respeito à ética negocial.

¹⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

7 Conclusão

A justiça penal consensual tem ganhado cada vez mais espaço e está em ascensão na justiça criminal brasileira.

Embora a aplicação de instrumento sob esse viés tenha beneficiado o judiciário em relação à celeridade processual diante do abarrotamento do sistema, deve-se atentar as adequações necessárias para que não sejam violados direitos fundamentais que foram adquiridos ao logo da vigência do ordenamento jurídico brasileiro.

São evidentes as vantagens jurídicas estabelecidas às partes, tanto para o órgão acusador e o acusado que ganham em celeridade e extinção de punibilidade, quanto ao caráter reparador às vítimas. Entretanto, são necessárias adequações ao Acordo de Não Persecução Penal para delimitação de atuações que preencham eventuais lacunas e dúvidas de aplicabilidade legislativa.

A exigência de confissão formal, a imposição de um acordo que em prática se apresenta unilateralmente e como um contrato de adesão, a atuação do órgão acusador não somente em pretensão punitiva, quanto também em pretensão acusatória, são pontos a serem trabalhados para a efetividade diante das consequências e possíveis resultados que poderão ser obtidos.

Por fim, embora se mostre como uma interessante alternativa, a modernização desse sistema deve partir não somente do Poder Legislativo, mas também dos Poderes Executivos e Judiciários de modo que não impere na justiça criminal a barganha, e sim negociações justas e igualitárias entre as partes, respeitando todos os princípios e direitos das partes envolvidas, com paridade de armas e de modo a ser benéfico a toda a sociedade.

8 Referências Bibliográficas

ALVES, Karlos. Pacote Anticrime: lei 13.964/19 comentada artigo por artigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça Consensual Penal: Controvérsias e desafios. Salvador: Juspodvim 2022.

BARROS, Francisco Dirceu. Acordo de não persecução penal: teoria e prática / Francisco Dirceu Barros, Jefson Romaniuc. – Leme, SP: JH Mizuno, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução 181**, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em 25 de maio de 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5586/>>. Acesso em 25 de maio de 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099. Acesso em: 25 de outubro de 2022.

BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099. Acesso em: 25 de outubro de 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal: À luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. 1. ed. Salvador: Juspodvim, 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. **Encarceramento em massa e os terraplanistas do Direito Penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/tribuna-defensoria-encarceramento-massa-terraplanistas-direito-penal>. Acesso em 25 de maio de 2022.

CUNHA, Rogério Sanches *et al.* **Acordo de Não Persecução Penal**. Salvador: JusPodvim, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal / Aury Lopes Junior*. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal: uma visão de direito comparado. **Revista portuguesa de ciência criminal**, v. 2, n. 8, p. 233-250, 1998.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

TEDESCO, Ignacio F. Algunas precisiones em torno al juicio abreviado y al privilegio contra la autoincriminación. In: MAIER, Julio B, J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

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