CENTRO EDUCACIONAL DE ENSINO SUPERIOR DE PATOS
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS - UNIFIP
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

BRENDA ARIEL MARTINS LOPES

INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO DA CONFISSÃO PARA FORMALIZAR O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

PATOS
2022

BRENDA ARIEL MARTINS LOPES

INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO DA CONFISSÃO PARA FORMALIZAR O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Patos – UNIFIP, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof° Me. Delmiro Gomes da Silva Neto

PATOS

2022

FICHA CATALOGRÁFICA
Dados de Acordo com AACR2, CDU e CUTTER
Biblioteca Central - UNIFIP

Lopes, Brenda Ariel Martins.
L158i Inconstitucionalidade do requisito da confissão para formalizar o acordo de não persecução penal / Brenda Ariel Martins Lopes.– Patos – PB:UNIFIP, 2022
41 fls.

Orientador (a): Prof° Me. Delmiro Gomes da Silva Neto
TCC Graduação Bacharelado em Direito
Centro Universitário de Patos - UNIFIP

1. Acordo de não persecução penal; 2. Confissão;
3. Inconstitucionalidade. I. Título II. UNIFIP.

UNIFIP/BC CDU: 340

Francisco C. Leite – Bibliotecário. CRB 15/0076

BRENDA ARIEL MARTINS LOPES

INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO DA CONFISSÃO PARA FORMALIZAR O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Patos – UNIFIP, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof° Me. Delmiro Gomes da Silva Neto

Aprovada em 16 de novembro de 2022

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Me. Delmiro Gomes da Silva Neto

Orientador

Centro Universitário de Patos – UNIFIP

Prof. Ma. Neumalyna Lacerda Alves Dantas Marinho

Examinadora

Centro Universitário de Patos – UNIFIP

Prof. Esp. Paulo José de Assis Cunha

Examinador

Centro Universitário de Patos – UNIFIP

Dedico este momento aos meus pais e amigos que tanto contribuíram.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo eu agradeço a Deus por ter chegado até aqui, por ter conseguido concluir mais uma etapa da vida, mais uma vitória e mais um motivo para ser o orgulho da minha família.

Dito isso, agradeço este momento, principalmente, a minha Mãe, por ter me apoiado em todas as minhas decisões, por ter se sacrificado no dia a dia para que eu conseguisse estar em sala de aula sem ter outras preocupações, além dos estudos, por ter me oferecido todo carinho, amor e solidariedade que precisei para alcançar este lugar e ser quem sou hoje, à senhora atribuo TODOS os meus méritos!

Agradeço ao meu Pai, também, por ter contribuído com minha educação, por ter acreditado em mim e no meu sucesso, sem o seu apoio, provavelmente, não estaria onde estou hoje.

Agradeço à TODOS os meus amigos, aqueles que carrego desde o ensino médio até os que conheci na faculdade, vocês são os melhores, à vocês agradeço pela minha sanidade mental, por me fazer esquecer dos problemas diários e a levar a vida com mais leveza.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo realizar um estudo acerca do acordo de não persecução penal desde sua primeira aparição através da resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, contemplando as várias críticas sofridas até sua inclusão ao Código de Processo Penal pela lei nº 13.964/2019. Será tratado, também, todo o procedimento que deve ser obedecido para firmar o acordo, se atentando ao requisito da confissão e sua possível inconstitucionalidade frente aos vários princípios processuais e constitucionais, a exemplo do princípio da não autoincriminação. Ao fim da pesquisa foi possível concluir que a confissão exigida viola os princípios da presunção da inocência, do contraditório e ampla defesa, e do *nemo tenetur se detegere*. A metodologia de pesquisa utilizada para a realização deste trabalho pode ser classificada quanto ao procedimento como sendo uma pesquisa bibliográfica, a partir da consulta de livros, artigos e revistas científicas para fundamentá-la, quanto ao tipo de abordagem utilizou-se a qualitativa, com o intuito de compreender e analisar o tema a que se refere, e, por fim, quanto ao objetivo pode ser definida como descritiva, buscando uma análise minuciosa sobre o tema.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal; Confissão; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present research aims to carry out a study on the non-prosecution agreement since its first appearance through resolution nº 181/2017 of the National Council of the Public Ministry, contemplating the various criticisms suffered until its inclusion in the Criminal Procedure Code by law nº 181/2017. 13,964/2019. It will also deal with the entire procedure that must be followed to sign the agreement, paying attention to the requirement of confession and its possible unconstitutionality in front of various procedural and constitutional principles, such as the principle of non-self-incrimination. At the end of the research, it was possible to conclude that the required confession violates the principles of the presumption of innocence, the contradictory and full defense, and the nemo tenetur se detegere. The research methodology used to carry out this work can be classified as to the procedure as a bibliographic research, from the consultation of books, articles and scientific journals to support it, as for the type of approach, the qualitative approach was used, with the purpose of understanding and analyzing the topic to which it refers, and finally, as to the objective, it can be defined as descriptive, seeking a thorough analysis of the topic.

Keywords: Non-prosecution agreement; Confession; unconstitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros

ANPP – Acordo de não Persecução Penal

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CNPG – Conselho Nacional de Procuradores-Gerais

CFOAB – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

EUA – Estados Unidos da America

MP – Ministério Público

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....9
2 DO DESENVOLVIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA.....11
2.1 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS E DA PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA 11
2.2 DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA COMO UM MEIO ALTERNATIVO DE RESPOSTA ESTATAL.....15
2.3 DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO…17
2.3.1 Composição Civil dos Danos.....19
2.3.2 Transação Penal.....20
2.3.3 Suspensão Condicional do Processo.....21
3 DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....23
3.1 DA RESOLUÇÃO Nº 181/17 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....23
3.2 DA LEI Nº 13.964/2019 E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....26
3.2.1 Requisitos.....26
3.2.2 Condições.....29
3.2.3 Procedimento.....31
3.3 VEDAÇÕES DO ACORDO.....33
4 DO REQUISITO DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....36
4.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA.....36
4.2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO.....38
4.3 PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* OU PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO.....39
4.3.1 Direito ao silêncio ou direito de ficar calado.....40
4.3.2 Direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal.....42
4.4 FINALIDADE DA CONFISSÃO NO PROCESSO PENAL.....43
4.5 FINALIDADE DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL 44
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....48
REFERÊNCIAS.....50

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é um dos países que possui o mais lento trâmite dos processos judiciais devido à quantidade de rituais burocráticos ao qual o poder judiciário é obrigado a obedecer, em consequência disso, para tentar trazer maior celeridade aos processos judiciais, o poder legislativo passou a editar mecanismos de justiça criminal consensual. Inicialmente, a lei nº 9.099/95, que dispõem sobre os juízes civis e criminais, trouxe os procedimentos da composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo, que visam antecipar a extinção da punibilidade do acusado e assim evitar as consequências trazidas pelo processo penal.

Posteriormente surgiu acordo de não persecução penal, também como um instrumento de justiça criminal consensual, que foi, *a priori*, regulamentado pela resolução de nº 181 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério público. Entretanto a tal resolução sofreu diversas críticas acerca de sua constitucionalidade, principalmente, por não ter sido regulamentada por uma lei em sentido estrito. Com isso, no fim do ano de 2020, o Código de Processo Penal passou por uma alteração feita pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como pacote anticrime, que adicionou o artigo 28-A, o qual prevê o acordo de não persecução penal.

O acordo de não persecução penal é um instrumento que visa evitar a instauração de um processo penal mediante a celebração de um pacto entre o investigado e o Ministério público, devendo aquele, cumprir uma série de condições para fazer *jus* ao benefício.

Com isso a presente monografia tem por finalidade estudar acerca de um dos requisitos que gerou mais julgamento, isto é, o requisito da confissão, sem o qual a celebração do acordo de não persecução penal restaria inviável, se esse requisito estaria a violar garantias constitucionais do investigado e prejudicando a sua presunção de Inocência. Portanto, será, inicialmente, objeto de análise o desenvolvimento da persecução penal Brasileira através do estudo dos principais sistemas processuais penais, além da reação da sociedade e do Estado àqueles que descumpriam o pacto social. Será analisado também a justiça penal negociada como um meio alternativo de resposta estatal, observando o *plea bargain* amplamente praticado nos Estados Unidos em contraposição a alguns instrumentos de justiça penal negociada, existentes no Brasil.

Logo após, será objeto de estudo o acordo de não persecução penal em si, antes de tudo, observando as críticas que a Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério público (CNMP) sofreu, principalmente com a impetração de duas ações diretas de inconstitucionalidade, e posteriormente, o procedimento estabelecido no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, para celebrar o referido instituto.

Por último, será analisado o requisito da confissão e sua possível inconstitucionalidade, frente à violação de alguns princípios constitucionais e processuais, como a presunção da inocência, o contraditório e ampla defesa, e o *nemo tenetur se detegere*. Concluindo será levado em consideração a finalidade da confissão extraída no processo penal e aquela obtida para a formalização do acordo de não persecução penal.

2 DO DESENVOLVIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

Nesta seção aborda-se aspectos introdutórios acerca da justiça penal negocial, analisando as formas de resposta ao cometimento de crimes desde períodos mais remotos até o fortalecimento do Estado como detentor do poder-dever de responder ao cometimento de crimes para evitar o uso da autotutela e assim garantir a convivência em sociedade.

Neste primeiro momento também será objeto de análise os sistemas processuais, quais sejam, o sistema inquisitivo, acusatório e misto, que existiram ao longo do tempo, mas não de forma gradual, pois cada parte do mundo vivenciou esses sistemas de formas distintas e em tempos diferentes, embora seja possível verificar que os sistemas processuais influenciam nos tempos atuais.

Por fim, cabe destacar a forma de justiça penal negocial vivenciada nos Estados Unidos, com o famoso instituto do *plea bargaining,* assim como, alguns outros instrumentos existentes no ordenamento pátrio com a entrada em vigor da lei de n. 9.099 de 26 de setembro de 1995, lei que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais, e que trouxe algumas medidas despenalizadoras.

2.1 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS E DA PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

Antes de começar o estudo da justiça penal negocial no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente acerca do Acordo de Não Persecução Penal, é interessante mencionar a respeito da evolução histórica do processo penal em conjunto com a evolução das penas. As alterações que foram ocorrendo no decorrer do tempo acabam por abalar diretamente os procedimentos que cercam a persecução penal.

Em tempos primitivos não havia normas penais sistematizadas e a resposta ao cometimento de fatos que violavam a boa convivência era pautada em vingança e não na justiça, traziam como pena tratamentos cruéis e desumanos. Segundo Gabriel Bonesi Ferreira (2021), uma das primeiras formas de punição a uma conduta ou ato não aceito pelos costumes da sociedade, é a vingança coletiva, na qual o próprio ofendido ou seus familiares reagiam às condutas criminosas, não havia normas que regulassem seus comportamentos e a reação era comumente exagerada e desproporcional à ofensa, podendo inclusive, sair da esfera do

criminoso, abrangendo outros indivíduos a ele ligado. Com o passar dos anos, mas sem se distanciar do propósito vingativo da sanção, surgiram algumas codificações, como o Código de Hamurabi, conjunto de leis editadas, no século XVIII a.C., pelo sexto rei da Suméria (Mesopotâmia), Hamurabi, rei da primeira dinastia babilônica, que trouxe a regra do talião, popularmente conhecido pela premissa “olho por olho, dente por dente”, na qual visava a aplicação de uma punição compatível com a ofensa causada.

O processo penal propriamente dito passa a adquirir atributos dissociativos quando a pena adquire um caráter de pena pública, ou seja, quando ocorre o fortalecimento do Estado, e este passa a ter legitimidade para atribuir penas com a finalidade de proteger a sua existência e a do soberano. Em vista disso, completa Lopes Júnior (2021, p. 12) que “[...] a titularidade do direito de penar por parte do Estado surge no momento em que se suprime a vingança privada e se implantam os critérios de justiça”. Com toda essa mudança de paradigmas, da substituição do caráter vingativo da punição, para a concentração do *ius puniendi* nas mãos do Estado, foi necessário o desenvolvimento do Direito Processual Penal, como um instrumento garantidor da justiça e intermédio para aplicação da pena.

Dito isso, Noberto Avena (2021, p. 2) define o processo penal, como sendo um “instrumento destinado à realização do *jus puniendi* do Estado e cujo desenvolvimento será regido por um conjunto de normas, preceitos e princípios que compõem o direito processual.” Logo, quando um indivíduo pratica um comportamento que se amolda a um tipo penal, surge a pretensão punitiva do Estado, que tornará efetivo o seu *ius puniendi*, obrigando o autor do fato a sujeitar-se à uma sanção, entretanto, essa sanção não pode ser imediatamente imposta, sem que antes haja um devido processo com observância às determinações legais.

Gabriel Bonesi Ferreira (2021) afirma que a logicidade do processo penal pode ser analisado sob dois aspectos e objetivos, em um primeiro momento se verifica como uma forma de manifestação externa do domínio exclusivo do Estado de aplicar penas àqueles que praticam infrações, por outro lado, denota o respeito aos direito e garantias fundamentais harmonizando a existência da supremacia do Estado Democrático de Direito e da proteção dos indivíduos contra abusos.

A forma de manifestação do processo penal, ao longo do tempo, está vinculado ao regime político adotado, ou seja, a forma como o Estado se organiza e exerce o seu poder sobre a sociedade. Historicamente é possível encontrar três

tipos de sistemas processuais: sistema inquisitório, sistema acusatório e sistema misto.

O sistema inquisitório é típico de regimes autoritários, foi aderido pelo Direito Canônico a datar do século XIII e se propagou por toda a Europa, sua característica mais marcante é a de que as funções de julgar, defender e acusar estão concentradas nas mãos de uma só pessoa, o juiz inquisidor, e portanto, acaba por comprometer sua imparcialidade.

Nesse sistema, não há o que se falar em ampla defesa ou contraditório, o acusado não possui participação, e é visto, meramente, como objeto do processo, não como sujeito de direitos. O juiz é dotado de amplos poderes de investigação e pode desencadear o processo de ofício e, em regra, o acusado permanece preso e incomunicável durante todo o processo.

O juiz inquisidor é o gestor das provas e acredita ser possível a obtenção de uma verdade absoluta, tendo a confissão como rainha das provas, podendo ser usada sozinha para fundamentar um decreto condenatório, e a obtenção dessa confissão poderia se dar a qualquer custo, inclusive por meio da tortura. O desdobramento do processo, era geralmente, escrito e sigiloso.

O sistema acusatório, por sua vez, se diferencia do anteriormente mencionado, pela distinção entre as funções de julgar, defender e acusar que passam a ser exercidas de forma equidistante, o juiz perde a amplitude dos seus poderes e adquire a característica da imparcialidade. Neste momento as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa são respeitadas, o acusado é visto como um sujeito de direitos, e, portanto, permanece, em regra, livre durante o processo, a iniciativa probatória cabe às partes, não ao juiz, e o processo é geralmente, público e oral.

Por fim, o sistema misto ou francês é qualificado por possuir duas fases, uma pré-processual representada por seu caráter inquisitivo e uma processual, de caráter acusatório.

Não existe um consenso acerca de qual sistema é adotado no Brasil, mas a partir de análises ao texto constitucional é possível perceber que ele adotou o sistema acusatório, além do mais, após a alteração do processo penal pela lei 13.964/2019, o art. 3º-A dispõe: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.” Portanto não resta dúvidas acerca da adoção do

sistema acusatório, embora não seja puramente acusatório, pois traz resquícios do sistema inquisitivo.

Após essa introdução, é possível analisar os desdobramentos da persecução penal no Brasil. A persecução penal é um conjunto de tarefas exercidas pelo Estado, previamente descritas em lei, que tem a finalidade de aplicar uma pena ao transgressor da norma penal. Ela possui duas etapas, conforme explica Alexis de Brito (2019, p. 41):

> [...] a persecução criminal engloba tanto a fase pré-processual normalmente realizada pela polícia, na qual se colhem os elementos mínimos para a acusação, como a fase da Ação Penal, em que será deduzida a tutela jurisdicional do Estado, ou seja, aplicada a lei penal ao fato considerado criminoso.

A fase pré-processual é basicamente a fase investigativa, com natureza de procedimento administrativo, tendo por finalidade colher elementos de informação que demonstrem a autoria e materialidade delitiva para dar auxílio a uma eventual ação penal, através da instauração de um inquérito policial ou outro procedimento investigatório.

O inquérito policial é um procedimento presidido pelo delegado de polícia, que, uma vez tomando conhecimento de uma infração de ação penal pública incondicionada tem o dever de instaurar um inquérito para investigar os fatos e possibilitar que órgão de acusação promova uma denúncia. O inquérito possui várias características, ele é inquisitivo, dispensável, sigiloso, escrito, indisponível, entre outros, e é importante ressaltar que ele não pode ser confundido com o sistema inquisitório, pois este refere-se ao processo, e o inquérito é um procedimento que remete a uma fase ainda pré-processual.

Por outro lado, a fase processual se dá com o recebimento da peça acusatória pelo órgão jurisdicional, o juiz vai analisá-lo, e verificando que estão presentes as condições de ação irá recebê-la e designará o dia para realizar audiência intimando as partes.

2.2 DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA COMO UM MEIO ALTERNATIVO DE RESPOSTA ESTATAL

Uma vez mencionado a respeito das etapas da persecução penal no Brasil, é possível perceber que, em regra, se tratando de crimes de ação penal pública, se o órgão de acusação, Ministério Público, possuir elementos suficientes de autoria e materialidade delitiva, se estiverem presentes as condições da ação e justa causa, ele tem o dever de promover a denúncia, e por conseguinte, a ação penal é iniciada com o recebimento desta. Isso é decorrência lógica do princípio da obrigatoriedade da ação penal, no qual dispõe que o Ministério Público não está aberto a outras opções, senão oferecer a denúncia.

No Brasil, ao final do processo penal, se o acusado for condenado, a ele será atribuída uma pena, e entende-se que ela possui tríplice finalidade: retributiva, preventiva e reeducativa.

No momento em que o legislador cria o tipo penal e atribui uma pena em abstrato, está presente a prevenção geral que visa alcançar a sociedade como um todo, antes da prática de delitos, buscando intimidá-la e assim evitar que pratiquem crimes. Em seguida, com o delito praticado e posterior aplicação da pena, tem-se a prevenção especial negativa e o caráter retributivo da sanção, que destinam-se, respectivamente, a evitar a reincidência criminosa, uma vez que o acusado sentirá a eficácia da norma penal, e a retribuir o mal causado. Por fim, executada a pena, surge a sua natureza ressocializadora, que objetiva colocar o indivíduo novamente em sociedade.

Isso é o que as teorias modernas sustentam, mas que na prática dificilmente é notado, ante o colapso que o sistema penitenciário vem passando, com o encarceramento em massa e as condições de vida que os presos são submetidos que ao oposto de prevenir a reincidência e colaborar com a reeducação propicia um ambiente favorável a prática de novos crimes.

O sistema processual penal brasileiro precisa passar por fortes mudanças para tentar contornar a crise em volta do sistema penitenciário. Com base na doutrina, existem basicamente três modelos de respostas ao cometimento de um crime: o modelo dissuasório clássico, ressocializador e consensual.

É possível compreender o modelo dissuasório clássico pela atribuição de uma pena capaz de retribuir o mal causado pela conduta criminosa, e por

consequência evitar também que sejam praticados novos delitos, ou seja, este modelo visa a retribuição.

O propósito do modelo ressocializador é tornar o indivíduo que delinquiu apto a viver novamente em sociedade, neutralizando as consequências das sanções penais, evitando a sua estigmatização.

E, por fim, o modelo consensuado, voltado à realização de acordos de vontades que tem por finalidade a composição civil dos danos ou outras formas de negociação. Nas palavras de Rogério Sanches (2020), esse modelo pode ser dividido em modelo pacificador ou restaurativo, com o propósito de alcançar a reparação dos danos, deixando de lado, por ora, o caráter retributivo da pena e dando uma atenção maior à vítima, e em modelo de justiça negociada, em que o acusado negocia com a acusação os aspectos quantitativos e qualitativos da pena.

O modelo consensual de justiça, devido aos seus benefícios, como a celeridade na resolução de conflitos, vem cada vez mais ganhando força e sendo introduzido no ordenamento jurídico justamente pela sua maior preocupação com vítima, trazendo soluções mais reparadoras e não meramente punitivas.

Posto isso, o modelo da Justiça Negociada merece destaque, sendo originária, principalmente, do Direito norte-americano, ao qual denomina *plea bargaining*, vem influenciando os diversos ordenamentos jurídicos por sua alta capacidade de resolução de conflitos em um curto período de tempo, como apresenta Marllon Sousa (2021) estima-se que a aplicação do *plea bargaining* nas cortes federais dos EUA chegam a noventa por cento de todos os casos, em que o acusado negocia com a acusação a concessão de alguns benefícios.

O *plea bargaining* tem o propósito de alcançar dois elementos básicos: a confissão do acusado e por conseguinte a obtenção de benefícios do promotor e ou do juiz. John H. Langbein (1978) compara a confissão obtida durante as negociações com as torturas da época medieval, pois se trata de instrumento pelo qual o órgão de acusação influencia o acusado a se autodeclarar culpado e, portanto, abrir mão do seu direito de ir a julgamento em troca de uma pena mais leve que aquela proferida em juízo se ele viesse a ser realmente declarado culpado.

Marllon Sousa (2021, p.101) define pontualmente o *plea bargaining* norte-americano da seguinte forma:

> Em uma visão estrita, é o procedimento preliminar pelo qual o indivíduo, formalmente acusado de cometer um delito (contravenção ou crime), negocia com a acusação uma confissão (autoincriminação) em troca de algum benefício que pode tanto o decote como a remodulação da acusação (charge bargaining), a recomendação de uma sentença mais branda (sentencing bargaining) ou ambos. Além disso, um conceito mais amplo plea bargaining inclui a fase de confissão de culpa em que o réu, em audiência pública, declara voluntariamente e com conhecimento de todas as causas do acordo e das consequências da confissão de que foi o autor dos crimes, ou não opta por não contestar a acusação (nolo contendere) na expectativa de receber algum benefício da acusação (decote de tipos penais), do juiz (por exemplo, uma sentença branda) ou de ambas as autoridades.

Portanto, a realização do *plea bargaining* abrange duas possibilidades, o objetivo da negociação poderá versar sobre a imputação feita pela acusação a fim de desclassificar o crime por outro mais brando, sendo este denominado *charge bargaining*, ou a negociação pode girar em torno da pena e seus efeitos, a *sentence bargaining*, ou, afinal, pode consistir acerca de ambas as formas.

2.3 DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Embora seja mais fácil encontrar formas de justiça negociada em países que adotam o sistema *common law*, ou seja, em que suas decisões são baseadas em precedentes judiciais e não nas letras frias da lei, é possível verificar alguns institutos criminais negociais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quando se observa a lei 9.099/1995, que trata sobre os Juizados especiais criminais, esta lei decorre do art. 98, inciso I, da Constituição Federal, que fundamentou a referida lei e a criação de juizados especiais em todo o território nacional para resolução de casos cíveis de grau inferior de dificuldade e de infrações de menor potencial ofensivo, incluindo crimes e contravenções penais.

Com o objetivo de trazer maior agilidade nos procedimentos que tratam de crimes de menor potencial ofensivo, a lei n.9.099/95 previu não só a resolução de conflitos por meio da justiça consensual, mas também se preocupou em estabelecer um procedimento sumaríssimo, oferecendo um trâmite com mais informalidade e celeridade que o procedimento ordinário.

Para alcançar esse objetivo, diante de infrações de menor potencial ofensivo não se instaura inquérito policial, por outro lado, é utilizado um

procedimento mais simplificado, intitulado termo circunstanciado, com posterior realização de audiência preliminar de conciliação, presidida pelo juiz ou conciliador sob sua orientação, com o propósito de formalizar um acordo entre as partes com o consequente encerramento antecipado da lide.

No Brasil, ainda não existe a possibilidade de as partes negociarem amplamente, elas ficam vinculadas aos requisitos previamente estabelecidos em lei.

Antes da lei dos juizados especiais criminais, a lei penal só poderia ser aplicada a um caso, se previamente houvesse a instauração de um processo criminal, com a finalidade, via de regra, de atribuir uma pena privativa de liberdade. Entretanto, com a lei nº 9.099/95, visando atribuir maior celeridade e informalidade ao processo de infrações de menor potencial ofensivo, e abrindo espaço finalmente à uma jurisdição de consenso, trouxe a possibilidade de as partes resolverem seus conflitos criminais com base em acordos de vontade pretendendo a reparação dos danos, aplicação de penas restritivas de direitos e propondo-se ao máximo desviar-se do processo criminal.

A lei dos juizados especiais criminais traz verdadeiras exceções aos princípios da inderrogabilidade do processo e da pena, da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública, que, nas palavras de Renato Brasileiro (2021, p. 577) “são colocadas em segundo plano, dando lugar a um novo paradigma processual penal, que põe em destaque a oportunidade, a disponibilidade, a discricionariedade regrada e a busca do consenso”.

E por causa da necessidade de alcançar maior celeridade no andamento dos processos judiciais e se desvencilhar de todo o desgaste de suportar um processo moroso em que as partes já sofrem as consequências antes mesmo de ser proferido uma sentença, a lei, em seu artigo 62, trouxe alguns princípios que devem perdurar durante os processos dos juizados, que são os da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade visando sempre que puder a solução pacífica das controvérsias a partir da conciliação ou transação penal.

A lei 9.099/95 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro algumas medidas despenalizadoras, a exemplo da composição civil dos danos, transação penal e a suspensão condicional do processo, que uma vez cumpridas retiram a punibilidade do acusado.

2.3.1 Composição Civil dos Danos

A composição civil dos danos tem previsão nos artigos 74 e 75, da lei 9.099/95, e tem por finalidade a conciliação entre as partes envolvidas no conflito com o objetivo de reparação dos danos oriundos das infrações praticadas. O acordo obtido em audiência preliminar será resumido a escrito e o juiz irá homologá-lo por intermédio de decisão irrecorrível que possui eficácia de título executivo. Os artigos que mencionam a composição civil dos danos descrevem o seguinte:

> Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.
> Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.
> Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.
> Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.

Dito isso, só é viabilizado a realização do acordo em casos de crimes punidos com pena máxima igual ou inferior a dois anos e nos quais a lei preveja a aplicação de ação penal privada ou pública condicionada à representação, embora Renato Brasileiro (2020) defenda a possibilidade de incidir sobre os crimes de ação penal pública incondicionada, sendo que, nesses casos não é possível a extinção da punibilidade, mas se o acusado realizar a composição até um momento anterior ao oferecimento da denúncia, a composição civil poderá ser considerada como um arrependimento posterior (art. 16, CP) permitindo a redução da pena de um a dois terços, desde que os crimes em questão tenham sido cometidos sem grave ameaça ou violência à pessoa. Outrossim, a observância do instituto não está restrito a aplicação pelo juizado criminal, quando acontece reunião de processos por conexão ou continência, o juízo competente, seja o tribunal do júri ou o juízo comum, poderá realizar a composição.

Diante disso, verifica-se que a composição civil é extremamente benéfica sob o ponto de vista de economia processual, visto que reduz o tempo e o gasto que as partes teriam ante um processo regular, além do mais, reduz a sensação de

impunidade que a vítima poderia sentir, pois terá seu patrimônio restituído ou será indenizado em razão dos seus direitos lesados.

2.3.2 Transação Penal

Partindo da análise da transação penal, esta difere do instituto anteriormente mencionado, pois há maior participação do Ministério Público. O órgão de acusação é quem será responsável pela proposta de transação penal, em que apresentará condições que devem ser pontualmente obedecidas para que o oferecimento da denúncia seja obstado.

A transação penal pode ser conceituada como um negócio realizado pelo Ministério Público e o investigado visando a aplicação, pelo magistrado, de uma pena alternativa a pena privativa de liberdade e que seja proporcional a infração praticada, com a finalidade de evitar a ação penal, encerrando o processo antes dela ser instaurada. O fundamento legal da transação penal está no art. 76 da lei nº 9.099/95, que preceitua:

> 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.

Logo, para que o ministério público apresente proposta de transação penal devem estar presentes os requisitos objetivos e subjetivos. São requisitos objetivos: ter o autor praticado infração penal de menor potencial ofensivo; ele não pode ter sido condenado por sentença irrecorrível, pela prática de crime punido com pena privativa de liberdade; não pode ter sido beneficiado, nos últimos cinco anos, pela transação penal; e por fim, o autor deve aceitar o benefício, juntamente, com o seu defensor.

São requisitos subjetivos: bons antecedentes, a medida deve ser necessária e suficiente para evitar reiteração delituosa entre outras circunstâncias judiciais favoráveis. Além do mais, deve haver elementos suficientes de autoria e materialidade, além das condições de ação, visto que, ausentes estas exigências o procedimento investigatório poderá ser arquivado.

Com este instituto, é possível perceber uma finalidade dúplice, de um lado, benéfica para o Estado e que consegue promover o bem-estar social de forma mais célere e vantajosa e por outro lado é benéfica para o acusado que evitará responder pelo crime através de penas privativas de liberdade. Nessa perspectiva, Luiz Antônio Francisco Pinto (2015, *online*), diz em seu artigo que o objetivo da transação penal é

> [...] desburocratizar o processo penal; fazendo com que a justiça criminal seja mais célere; evitando que o suposto infrator enfrente um processo criminal que poderá culminar com uma condenação, com todas as consequências negativas que uma condenação criminal podendo trazer a um indivíduo, como gerar maus antecedentes e reincidência, suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cumprimento da pena; etc.

Entretanto, é importante mencionar que em caso de descumprimento de alguma das condições impostas pelo Ministério Público, o promotor tem o dever de oferecer denúncia.

2.3.3 Suspensão Condicional do Processo

Por fim, analisando a suspensão condicional do processo, que também encontra-se presente na lei 9.099/95, mas não tem sua aplicação restrita aos crimes processados e julgados em sede do juizado especial criminal, pois alcança qualquer crime no qual a pena seja igual ou inferior a um ano.

> 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).

A suspensão condicional do processo, igualmente chamada de *sursis* processual, é um instituto que possui aplicabilidade durante o processo, isto é, tem por objetivo suspendê-lo. O *sursis* diverge dos demais institutos pois nele haverá um processo, o Ministério Público apresentará denúncia contra o acusado, mas de igual modo, apresentará em conjunto uma proposta de suspensão do processo que fica

sujeitado à decisão do acusado, na presença do seu defensor aceitar ou não. Cabe salientar, que o Ministério Público fica vinculado a apresentar proposta de suspensão, estando presentes os requisitos legais que autorizam a aplicação dessa medida o MP não terá qualquer margem de escolha.

Como bem explica Renato Brasileiro (2020), A suspensão condicional do processo tem natureza *nolo contendere*, trazendo um aspecto de defesa no qual o acusado não se manifesta contrário a acusação, entretanto não se declara culpado ou inocente, por isso não se confunde com o *guilty plea* ou o *plea bargaining*. No *plea bargaining* norte-americano, o acusado se declara culpado renunciando a algumas garantias processuais, em decorrência disso, verificando a voluntariedade da confissão e do acordo, o juiz profere uma sentença aplicando os benefícios pactuados, seja uma redução de pena ou a desclassificação do crime imputado por outro menos grave, sem a necessidade de um processo. Diferentemente, no *sursis* o acusado não se declara culpado, não admite a imputação contra ele alegada, posto isso, caso o acusado descumpra as condições atribuídas a ele para a obtenção do benefício é plenamente possível que a suspensão do processo seja revogada, e o Ministério Público retomará o processo, detendo o ônus de provar a culpabilidade do acusado.

3 DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Nesta seção aborda-se especificamente acerca do acordo de não persecução penal. Inicialmente cabe ressaltar o seu advento no ordenamento jurídico brasileiro com a resolução nº 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Sua origem, no Brasil, foi marcado por diversos questionamentos sendo imprescindível referir-se as ações diretas de inconstitucionalidade n.º 5793 e 5790 impetradas contra esta resolução.

Em seguida, será abordado, também, os desdobramentos do acordo de não persecução penal com a alteração do Código de Processo Penal pela a lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, que acrescentou o referido instituto no artigo 28-A.

3.1 DA RESOLUÇÃO Nº 181/17 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A morosidade no trâmite dos processos criminais é uma realidade vivenciada no Brasil, e isso acontece por diversos fatores, como o alto número de processos judiciais em curso, a quantidade de ritos burocráticos que devem ser obedecidos, o reduzido quadro de funcionários no Poder Judiciário.

Em consequência disso, vislumbrando a tentativa de alcançar resoluções de conflitos de forma mais célere, o legislador buscou estabelecer outras condutas, mitigando, inclusive, a aplicação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, sendo preferível a aplicação de medidas despenalizados, quando a pena de prisão se mostrar desnecessária.

Desse modo, discussões acerca da adoção de uma justiça criminal consensual foram surgindo no Brasil, baseando-se no *plea bargain* amplamente aplicado nos Estados Unidos, no qual a acusação e o investigado realizam um acordo com o propósito de esclarecer o caso, evitando, assim, um processo penal.

À vista disso, a Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), dispôs acerca da oportunidade dos Órgãos do Ministério Público realizarem um ajuste com o investigado, sendo condição imprescindível, que este, confesse formal e circunstancialmente a prática da infração, entre outros requisitos, impondo-se uma consequência ao fim do negócio jurídico extrajudicial.

Todavia, não tardou para que resolução do CNMP fosse foco de inúmeras críticas, tendo em vista o sistema processual adotado no Brasil, além de possíveis violações a princípios processuais e constitucionais.

O artigo 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988, atribui à União competência privativa para legislar sobre Direito Processual e a Resolução n. 181/2017 trata de assuntos pertinentes a matéria processual, incluindo ao ordenamento um mecanismo que mitiga a obrigatoriedade da ação penal. Renato Brasileiro (2021) cita que jamais um assunto relativo a ação penal poderia ser regulamentado por uma resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, pois este órgão possui natureza administrativa, conforme posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367/DF. Portanto, a resolução do CNMP não poderia ser colocada em prática, enquanto um lei em sentido formal não fosse editada.

Consequentemente, foram surgindo diversas ações no Supremo Tribunal Federal questionando se acordo de não persecução penal respeitava as disposições da Constituição Federal.

Sobre a resolução, existem duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5793, impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB e a ADI 5790, impetrada pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB.

Destaca-se dos autos que, a inquietação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a respeito da inovação no ordenamento jurídico brasileiro com a edição do Acordo de Não Persecução Penal, é que esta andaria contrariando a indisponibilidade da ação penal, o devido processo legal e a inafastabilidade da jurisdição. Posto que, todo o procedimento do acordo é firmado pelo Ministério público e investigado, na presença do seu defensor, e o juiz atua apenas para homologar e verificar a voluntariedade e legalidade do acordo.

A Associação dos Magistrados Brasileiros, por sua vez, comparou essa inovação com a colaboração premiada, entretanto, a sem o crivo do poder judiciário. Relatou também, que inexistência de lei que regulamente o acordo de não persecução penal causa uma “insegurança jurídica sem tamanho”, visto que, os juízes poderiam se utilizar essa ausência de lei formal para se recusarem a homologar os acordos.

Estas ações que propugnavam pela Inconstitucionalidade da Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público sob as justificativas de ter a referida norma ofendido diversos princípios fundamentais da Carta Magna, nestes termos, segue um trecho da ADI impetrada pela CFOAB:

> Analisando o ato normativo, verifica-se que os arts. 1º, caput, 2º inciso V, 7º, incisos I, II e III e 18 se encontram eivados de inconstitucionalidade, na medida em usurpa a competência privativa da União (art. 22, I, da CF) e da instituição policial; extrapola o poder regulamentar conferido ao Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, §2º, I, da CF); ofende os princípios da reserva legal, segurança jurídica (art. 5º, caput, da CF), indisponibilidade da ação penal (art. 129, I, da CF), imparcialidade (art. 37, da CF), impessoalidade (art. 37, da CF) ampla defesa (art. LV, da CF), contraditório (art. LV, da CF), devido processo legal (art. 5, LIV, da CF) e inviolabilidade de domicílio (5º, inc. XI, da CF).”
> [...]
> Tem-se que a resolução questionada, a pretexto de regulamentar sobre instauração e regras procedimentais de investigação criminal, extrapolou seu poder regulamentar (art. 130-A, §2, I, da CF) inovando no ordenamento jurídico. Isso porque, além de competir privativamente à União legislar sobre matéria processual e penal (art. 22, I, da CF), a norma questionada permitiu ao Ministério Público dispensar a ação penal e adentrar em estabelecimentos para vistorias, inspeções e quaisquer outras diligências sem o crivo do Poder Judiciário, em completa violação ao texto constitucional.

Com isso, embora o objetivo da resolução fosse idôneo, como evitar o encarceramento em massa e evitar a morosidade dos processos judiciais, trouxe algumas questões, que, segundo alguns juristas, ofendem o devido processo legal. Renato Brasileiro (2021, p. 249) defende que esta Resolução do CNMP

> busca tão somente concretizar os princípios constitucionais da eficiência (CF, art. 37), da proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), da razoável duração do processo (CF, art. 5º LXXVIII) e o próprio sistema acusatório (CF, art. 129, I).

O maior obstáculo que impediu o acordo de não persecução penal de vigorar e que o tornou escopo de várias críticas foi ter sido regulamentado por uma Resolução e não por uma lei em sentido estrito, que limite e regule a aplicação deste instituto.

3.2 DA LEI Nº 13.964/2019 E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Depois das várias críticas sofridas pela Resolução nº181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, o Poder Legislativo editou a Lei nº 13.964/2019, a qual trouxe em sua redação a previsão do Acordo de Não Persecução Penal.

Esta lei alterou o Código de Processo Penal incluindo o art. 28-A que prescreve o instituto de justiça negocial.

3.2.1 Requisitos

Os requisitos que precisam ser preenchidos para o cabimento do Acordo de Não persecução Penal estão elencados no art. 28-A, caput, do Código de Processo Penal, conforme disposto abaixo:

> 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.

Com isso, é possível extrair do artigo quatro requisitos que devidamente obedecidos permitem o cabimento do acordo. Sendo assim, o procedimento investigativo não pode ser caso de arquivamento; o investigado deve confessar formal e circunstancialmente a prática de infração penal; a infração não pode ter sido cometida com violência ou grave ameaça; e a infração deve ter pena mínima inferior a quatro anos.

Quanto ao primeiro requisito “não ser caso de arquivamento”, é necessário, pois a investigação criminal deve está apta para o oferecimento da denúncia, ou seja, é de fundamental importância que as condições da ação e seus pressupostos de validade tenham sido rigorosamente obedecidos, além do mais, é indispensável o *fumus comissi delicti,* isto é, deve haver materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, a pretensão punitiva não pode estar extinta, a parte deve possuir legitimidade e deve haver amparo probatório mínimo para justificar a

acusação, nesse sentido, afirma Cabral (2020, p. 107) que o acordo de não persecução não pode ser utilizado como um "[...] instrumento de obtenção da justa causa para a investigação. Somente cabe o acordo [...], quando já existir a justa causa, amparada em uma base factual investigativa [...]".

Portanto, se não estão presentes todas as condições de ação, o Ministério Público não pode se valer do referido acordo para remediar esta ausência. Visto que, se não há justa causa, cabe ao Ministério Público a devolução da peça investigativa para o delegado de polícia, para que ele realize novas diligências necessárias e suficientes para a elucidação do crime, ou, se for o caso, ordenar o arquivamento do inquérito. O código de processo penal não dispões expressamente acerca das hipóteses que permitem o arquivamento da peça investigativa, entretanto, por analogia, se aplica as situações de rejeição da denúncia ou queixa-crime e de absolvição sumária, dispostas no Código de Processo Penal

> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).
> I - for manifestamente inepta; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).
> II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).
> III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).
> Parágrafo único. (Revogado). (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).
> […]
> Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).
> I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).
> II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).
> III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).
> IV - extinta a punibilidade do agente.

No que tange ao segundo requisito "o investigado deve confessar formal e circunstancialmente a prática de infração penal", essa confissão tem o papel de servir como uma cooperação que o investigado faz à investigação criminal e a futura ação penal. O investigado deve ser inteirado quanto ao seu direito de não produzir provas contra si e, com isso, decidir de forma livre e representado por sua defesa

técnica, se deseja celebrar o acordo de não persecução penal ou se quer prosseguir com a ação penal.

Acerca do requisito de a infração não poder ter sido cometida com violência ou grave ameaça à pessoa, é viável interpretar que o legislador ao usar o termo “infração” permitiu que o acordo possa ser celebrado independentemente da natureza do ilícito, seja ele um crime ou uma contravenção penal. De acordo com Renato Brasileiro (2021), a violência ou grave ameaça mencionada no art. 28-A, do CPP, é aquela exercida com dolo, ou seja, se praticada a título de culpa permite a incidência do acordo. Seguindo este mesmo entendimento, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) editou o seguinte enunciado:

> ENUNCIADO 23 (ART. 28-A, §2º) É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível.

Por fim, em relação ao último requisito, a infração deve ter pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Para o cálculo da pena mínima, devem ser observadas as possibilidades de incidirem causas de aumento e diminuição de pena, levando em consideração o caso concreto. Nesse sentido, o enunciado n. 29 do CNPG delibera que:

> Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõe os enunciados sumulados nº 243 e nº 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Seguindo o mesmo entendimento, Nucci (2021, p. 231) completa que

> […] havendo causa de diminuição variável, deve-se diminuir o máximo; havendo causa de aumento, em cima da pena mínima cominada em abstrato, lança-se o mínimo. O importante é encontrar o mínimo possível para justificar o acordo (menos de 4 anos).

.

Além disso, o artigo 28-A declara expressamento ao final do *caput* que o acordo de não persecução penal deve ser necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, essa disposição surge de uma concepção preventiva do Direito Penal.

3.2.2 Condições

Uma vez mencionado acerca dos requisitos para formalizar o acordo, os incisos do artigo 28-A, do CPP traz as condições para que ela seja firmada. No fim do artigo referido, o legislador esclareceu que as condições devem ser ajustadas "cumulativa e alternativamente", embora a lei use o termo "e"

> a interpretação literal deve dar lugar à histórica baseada na redação da Resolução nº 181/2017, e teleológica, pois a finalidade foi facultar ao agente ministerial cumular ou não as condições legais (GUARAGNI, 2020, p. 230).

Portanto, ao fazer a leitura do art. 28-A, deve-se ter em mente o emprego do "ou", ou seja, "cumulativa ou alternativamente". É nesse sentido que o doutrinador Renato Brasileiro (2021, p. 255) interpreta a norma determinando que "para que o acordo seja celebrado, o investigado deverá assumir o dever de cumprir certas condições, de forma cumulativa ou alternativa."

Essas condições que serão impostas ao investigado não podem ser entendidas como penas, visto que não possuem a característica de imperatividade. O Acordo de não persecução penal deve ser aceito voluntariamente pele o investigado, que se subordina a realizar as condições firmadas pelo Ministério Público. Uma vez cumpridas, o Estado perde o interesse em promover a ação penal, dando conjuntura ao arquivamento da investigação acarretando, por fim, na extinção de punibilidade. Desse modo, o enunciado n. 25, do CNPG aponta:

> O acordo de não persecução penal não impõe penas, mas somente estabelece direitos e obrigações de natureza negocial e as medidas acordadas voluntariamente pelas partes não produzirão quaisquer efeitos daí decorrentes, incluindo a reincidência.

As condições firmadas devem estar sujeitas a constante fiscalização do juízo da execução penal, conforme disciplina o art. 28-A, §6º, do CPP.

A lei enuncia as seguintes condições:

> Art. 28-A. [...]
> 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.

O primeiro inciso traz a obrigação de reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo.

O legislador não faz qualquer ressalva a respeito da espécie do dano, seja ele material, moral ou estético. Ainda assim, se insuficiente o valor estabelecido na homologação do acordo, nada obsta que a vítima ingresse no juízo civil para cobrar o valor devido de seu dano. Se da infração não resultar dano essa obrigação não será imposta e se o investigado não possuir meios que possibilite a restituição, esta não poderá ser exigida.

O segundo inciso concerne a exigência de que o investigado renuncie voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime. Como instrumentos e produto de crime Bitencourt (2018, p. 919) define:

> Instrumentos do crime são os objetos, isto é, são as coisas materiais empregadas para a prática e execução do delito; produtos do crime, por sua vez, são as coisas adquiridas diretamente com o crime, assim como toda e qualquer vantagem, bem ou valor que represente proveito, direto ou indireto, auferido pelo agente com a prática criminosa.

Renato Brasileiro (2021) rotula tal condição como um “confisco aquiescido”, visto que, é o próprio investigado quem consente em renunciar.

Essa renúncia não pode ser entendida como efeito de condenação, pois na situação não existe uma sentença condenatória transitada em julgado, em verdade, se equipara aos efeitos extrapenais obrigatórios das alíneas “a” e “b” do artigo 91 do Código Penal.

Outra condição é prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas. O prazo de cumprimento da condição foi estabelecido no próprio inciso, devendo corresponder 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 Código Penal.

O inciso IV ordena o pagamento de prestação pecuniária 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. O inciso faz referência ao art. 45, do Código Penal, que determina no §1º, uma limitação ao valor da prestação, não podendo ser inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.

Por fim, o artigo 28-A, inciso V, do CPP, traz que outras condições podem ser estipuladas pelo Ministério Público desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada, deixando claro, portanto, que o rol previsto no art. 28-A do CPP é exemplificativo.

3.2.3 Procedimento

O procedimento previsto na lei para o acordo de não persecução penal está expresso a partir do §3º do art. 28-A. O momento devido para a propositura do acordo é antes do recebimento da denúncia, tendo em vista, que seu objetivo é evitar a ação penal, sendo, portanto, homologado pelo juiz das garantias.

O juiz das garantias foi implementado pela mesma lei que inseriu o acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal, isto é, pela Lei nº. 13.964/2019, embora tenha sido suspenso desde o início de 2020, pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, ele possui uma importante função, separar o juiz que atua na investigação, do juiz que atua no processo penal, mantendo a imparcialidade no julgamento.

O acordo de não persecução penal deve ser realizado por escrito e acordado pelo pelo investigado e por seu defensor, assim como pelo membro do

Ministério Público, podendo ser sucedido uma audiência para ajustar as condições do acordo.

Pactuado o acordo entre as partes, será realizado uma audiência para homologação judicial, onde o juiz ouvirá o investigado, na presença de seu advogado, para confirmar se a tratativa foi realizada de forma voluntária, e também, verificará a legalidade do acordo formalizado. Caso o juiz não encontre obste, homologará o acordo, devendo o Ministério Público promover a execução deste no juízo de execução penal.

Se o juiz verificar no momento de sua apreciação que o acordo é inadequado, insuficiente ou abusivo, remeterá os autos novamente para o Ministério Público para que faça as devidas alterações, reformulando a proposta, com a anuência do investigado e seu defensor. Na hipótese do membro do MP não produzir as adequações para atender aos requisitos legais o juiz poderá recusar a homologação do acordo, devolvendo os autos para que o MP dê prosseguimento a ação penal, fazendo análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecendo a denúncia. A vítima não participa de nenhum ato do acordo, porém, o § 9º dispõe que ela deverá ser intimada da homologação do acordo e de eventual descumprimento. Segundo Aury Lopes Júnior (2021), embora a vítima não possua meios para impedir a formalização do acordo de não persecução penal, não existe nenhuma proibição que obsta a sua presença no momento da homologação, pois é importante para definir melhor as condições a serem cumpridas, principalmente acerca da reparação do dano.

Se houver o descumprimento de qualquer das obrigações impostas pelo investigado, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo competente, para efetuar rescisão do acordo, todavia tal consequência não é automática, o juiz deverá designar audiência para ouvir o investigado, na presença de seu advogado, obedecendo o contraditório. Eventual descumprimento pode ser utilizado pelo membro do MP como fundamento para não ofertar a suspensão condicional do processo.

Cumprido integralmente o acordo, o investigado terá extinta a sua punibilidade, não sendo registrado a sua celebração na certidão de antecedentes criminais, senão para fins do inciso III, §2º, do art. 28-A do Código de Processo Penal.

3.3 VEDAÇÕES DO ACORDO

A lei descreve algumas situações que impossibilitam a realização do acordo de não persecução penal que estão listadas no artigo 28-A, §2º, do Código de Processo Penal. São quatro incisos e cada um descreve uma hipótese do qual não será admitida a aplicação da proposta:

> § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
> I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
> 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; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
> III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
> 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.

De início, o inciso I dispõe que não será permitido o acordo de não persecução penal se for cabível transação penal de competência dos juizados especiais criminais, ou seja, a transação penal possui precedência em relação ao ANPP, só sendo possível a aplicação deste se aquele não for cabível. Isso se dá em razão da transação penal ser mais benéfica para o investigado.

O segundo inciso traz um impedimento a aplicação do acordo, se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional não será possível a formalização do ANPP, exceto se insignificante as infrações pretéritas. É reincidente o acusado condenado por sentença penal transitada em julgado, no país ou no estrangeiro, que volta a praticar novos crimes, apreciado o prazo de 5 anos e o cometimento de crimes militares próprios e políticos conforme disposição dos arts. 63 e 64 do CP. A conduta criminal habitual não pode ser equiparada ao conceito de crime habitual, quanto a isso, Renato Brasileiro (2020) determina que no crime habitual, essa habitualidade configura elementar do tipo, sendo praticado um delito único, a

exemplo do crime de manter casa de prostituição (art. 229, CP), enquanto que na habitualidade criminosa, a habitualidade representa um atributo do próprio agente infrator, sendo praticado uma pluralidade de crimes. Sendo assim, Junqueira (2021) sustenta que tanto a reincidência, quanto a conduta criminal habitual, reiterada ou profissional devem ser confirmadas por meio de investigação criminal. Dessa forma, a intenção do legislador foi impedir a aplicação do acordo de não persecução penal àquele que pratica crimes de forma rotineira, como meio de subsistência. Por fim, é importante ressaltar, que o legislador deixou claro no fim da disposição legal, que se as infrações penais pretéritas forem insignificantes – mesmo que o investigado seja reincidente e apresente conduta criminal habitual, reiterada ou profissional – não será vedado a aplicação do acordo. O doutrinador Renato Brasileiro (2021, p. 253) entende "que o legislador usou o termo insignificante em seu sentido vulgar, possivelmente se referindo às infrações de menor potencial ofensivo". Nesse sentido o enunciado n. 21 do CNPG:

> Não caberá o acordo de não persecução penal 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, entendidas estas como delitos de menor potencial ofensivo.

Com entendimento em contrário, Nucci (2021. p. 232) explica que ao utilizar o termo "insignificantes", o legislador quis remeter ao crime da bagatela, que se classifica como um fato atípico, e que, "nesta hipótese, seria mais uma condição de livre avaliação do órgão proponente do acordo".

A terceira causa de inaplicabilidade ocorre se o agente tiver sido "beneficiado nos últimos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo"

Por último, o quarto inciso determina que será vedado a incidência do acordo àqueles que praticam crimes no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. A alteração legislativa buscou manter a disposição trazida pela Lei nº 11.340/2006 que veda a incidência de institutos despenalizadores ao agressor que pratica crimes em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher ao impedir a aplicação dos procedimentos previstos na Lei nº 9.099/95, e, por consequência, a incidência dos

benefícios da transação penal e do *sursis*. O legislador não restringiu o tipo de violência, portanto, abrange todos as formas prevista na lei Maria da Penha, seja violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, desde que praticada no âmbito de violência doméstica ou familiar contra vítima mulher. Posteriormente, o legislador proibiu também a incidência do acordo no crime praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, nessa hipótese, não é relevante que ao delito tenha sido cometido no contexto de violência doméstica e familiar.

4 DO REQUISITO DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Após o estudo dos desdobramentos do instrumento do Acordo de Não Persecução Penal, o objetivo desta seção é analisar, sob uma óptica mais crítica, o requisito da confissão frente aos princípios constitucionais e processuais penais da presunção da inocência, do contraditório e ampla defesa e do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Neste momento também será objeto de análise o propósito que a confissão desempenha no processo penal e no acordo de não persecução penal.

4.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O princípio da presunção da inocência foi primeiramente amparado pela Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, em 1798, influenciado pelos preceitos iluministas acerca do direito natural à inocência. Cesare Beccaria (1997, p. 69), um dos principais representantes do iluminismo penal e da escola clássica do Direito Penal, já alertava em sua obra “Dos delitos e das penas” que:

> um homem não pode ser chamado do réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada.

Com isso, vários diplomas internacionais passaram a dispor sobre este princípio, como a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana dos Direitos Humanos e a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), delibera em seu artigo 11.1 que:

> Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

No Brasil, o princípio da presunção da inocência só foi introduzido no ordenamento em 1988, com a vigente Constituição Federal, pois até então, ele

existia apenas de forma implícita, como desdobramento do devido processo legal. A Constituição trouxe expressamente, e como forma de cláusula pétrea, no art. 5º, inciso LVII, que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Segundo Renato Brasileiro (2021, p. 48), duas regras derivam princípio da presunção da inocência: a regra probatória e a regra de tratamento.

Conforme a regra probatória, ao órgão de acusação incumbe o dever de provar a culpabilidade do acusado. Antônio Magalhães Gomes filho (1994, p. 31) ressalta:

> a) A incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus dessa prova); b) a necessidade e comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado; c) tal comprovação deve ser feita legalmente (conforme o devido processo legal); d) impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí o seu direito ao silêncio).

Com isso, entende-se que não cabe ao acusado comprovar sua inocência, mas ao Ministério Público, o Código de Processo Penal é claro ao dispor que a prova da alegação incumbe a quem a fizer.

Em decorrência dessa regra, se houver dúvidas sobre os fatos, o juiz deve absolver o acusado.

Por outro lado, a regra de tratamento corresponde ao estado de liberdade do acusado, que deve responder, via de regra, a todos os atos do processo penal em liberdade, sendo a prisão uma medida excepcional.

Essa regra visa vedar prisões processuais automáticas ou obrigatórios assim como a aplicação antecipada da pena. Além do mais, dispõe que a convicção da culpa só virá após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Dito isto, relacionando o princípio da presunção da inocência com o acordo de não persecução penal, destaca-se que sua aplicação se dá tanto em momento pré-processual, quanto na fase processual. Sobre isso, Giacomolli (2016, p. 116) interpreta:

> O fato de estar sendo investigado ou processado não retira da pessoa a integralidade do status que lhe confere o estado de inocência, motivo por que não se admite qualquer estigmatização em face da imputação (tratamento externo), de uma sentença sem o

> trânsito em julgado, ou mesmo de uma sentença absolutória extintiva da punibilidade. A estigmatização afasta a inocência em sua plenitude. As restrições somente se justificam após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Ademais, a culpabilidade somente poderá ser declarada no âmbito de um processo criminal, conduzido por um juiz. Daí a necessidade do processo e de um órgão jurisdicional oficial.

Portanto, o requisito da confissão trazido pelo instituto em questão impõe ao investigado o dever de assumir da culpa, sem observância ao devido processo legal, afastando o seu estado inicial de inocência, e como descrito na Constituição, só pode ser considerado culpado aquele com sentença condenatória transitado em julgado, logo, fere o princípio da presunção da inocência realizar o acordo de não persecução penal alicerçado na confissão do investigado.

Além do mais, caso ocorra algum fato que impeça o cumprimento das condições do acordo e o membro do Ministério Público resolva prosseguir com a ação penal o investigado será, a princípio, presumido culpado. Sobre isso, explica Stein (2020) que quando o processo penal tem seu início já vinculado ao estado de culpado do investigado, existe o risco de que as partes do processo busquem produzir elementos probatórios que amparem o seu prévio julgamento, se fechando pra qualquer outro indício de prova que afaste a presunção de culpa já mentalizada por eles.

Portanto, como já mencionado, o princípio da presunção de inocência deve ser respeitado desde a fase de investigação, situação que não acontece caso o investigado se submeta ao acordo de não persecução penal, que exige admissão da culpa.

4.2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO

O princípio da ampla defesa e do contraditório são garantias constitucionais e estão presentes no art. 5º, inciso LV, da CF, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Embora o mesmo inciso faça referência aos dois princípios eles nãos e confundem. É o exercício da ampla defesa que garante o contraditório. A ampla defesa abrange a defesa técnica e a autodefesa. Esta se refere a possibilidade do

próprio acusado se defender, enquanto aquela é exercida por um profissional da advocacia, sendo indisponível e irrenunciável.

Analisando tal princípio frente a confissão no acordo de não persecução penal, é provável que o respeito a ampla defesa seja relativizado, pois o acordo é formalizado em um momento no qual a observância da ampla defesa não ocorre plenamente, e o investigado não possui ciência dos elementos de informação que o Ministério Público já possui, Giacomolli (2016, p. 152) elucida que a necessidade de observância ao princípio da ampla defesa:

> […] permite ao acusado e ao defensor técnico conhecer toda a extensão da prova careada aos autos, quais foram as teses incriminatórias, qual a argumentação acusatória, para que possam eleger a melhor estratégia defensiva, efetuar um contraditório pleno, de tudo o que foi aduzido no processo na perspectiva de que todos os fatos descritos na imputação sejam tempestivamente respondidos, possibilitando a defesa adequada.

Então a confissão acarreta em um impacto na ampla defesa do investigado, vez que o seu defensor não possui prévio conhecimento das provas indiciárias, para melhor orientar o seu cliente na escolha de uma decisão que melhor lhe beneficie.

Quanto ao princípio do contraditório, este garante ao acusado a possibilidade de a partir de uma prova produzir uma contraprova. Todavia, no momento em que o acusado confessa para realizar o acordo não lhe é conferida a oportunidade de produção de outras provas, visto que, para celebrar o acordo de não persecução penal, o investigado não possui outra opção, sua margem de escolha está vinculado a confessar formal e circunstancialmente o crime, ou não, não havendo a possibilidade de discutir, inicialmente, a ocorrência dos fatos de forma distinta daquela contida no instrumento investigatório.

4.3 PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* OU PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Também conhecido como *nemo tenetur edere contra se, nemo tenetur se accusare, nemo tenetur se ipsum prodere*, entre outros, essa máxima significa, em sua literalidade, que ninguém é obrigado a se descobrir, ou seja, esse princípio é de

extrema importância para o processo penal, pois protege o acusado da autoincriminação.

O *nemo tenetur se detegere* é derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, basilar de um Estado Democrático de Direito, que não ver o acusado como objeto do processo penal, mas como sujeito de direitos.

O princípio da não autoincriminação tem como um de seus desdobramentos o direito ao silêncio, expresso na Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXIII, que afirma: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.” Além disso, Renato Brasileiro (2021, p. 73-75) enumera outros segmentos deste princípio:

> a) direito ao silêncio ou direito de ficar calado; b)direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal; c) inexigibilidade de dizer a verdade; d) direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo; e e) direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva.

Ademais, é importante mencionar acerca da abrangência do princípio da não autoincriminação. A corrente mais aceita sobre isso determina que tal princípio deve ser aplicado a todos que praticam ilícitos penais, sem discriminações. Dito isso, o direito de não produzir provas contra si é aplicável durante toda a cadeia processual, devendo ser observado, inclusive, no momento de incidência do acordo de não persecução penal.

A respeito dos segmentos extraídos do *nemo tenetur se detegere* aduzidos por Renato Brasileiro (2021), é importante discutir acerca dos dois primeiros.

4.3.1 Direito ao silêncio ou direito de ficar calado

O acordo de não persecução penal traz no seu texto a confissão formal e circunstanciada como condição obrigatória para firmá-lo, com isso, é possível argumentar se o ANPP contraria o direito de ficar calado, violando a própria constituição, ensejando na inconstitucionalidade material do art. 28-A do Código de Processo Penal.

Guilherme de Souza Nucci entende que a obrigatoriedade da confissão é inconstitucional, por ir de encontro ao princípio da não autoincriminação. Segundo ele:

> [...] 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. Porém, é um negócio jurídico, cabendo ao investigado, juntamente com seu advogado, avaliar o que lhe é conveniente (NUCCI, 2021, p. 231).

Embora entenda inconstitucional a exigência da confissão, Nucci (2021) assevera que confessar ou não é uma faculdade do investigado, mas caso escolha não confessar não será beneficiado pelo acordo. Essa liberdade do investigado demonstra que o Direito Processual Penal vê o investigado como sujeito de direitos, Rodrigo Cabral (2021, p. 134) explica:

> Aliás, reconhecer ao investigado essa decisão (de fazer o acordo, confessando) é reconhecê-lo como sujeito de direitos, com dignidade, liberdade e autonomia para decidir sobre o seu destino. Em um sistema inquisitório, isso seria impensável, uma vez que o investigado era objeto de investigação, não possuindo direitos.

Portanto, se o investigado decidir livremente obedecer todas as condições do acordo de não persecução penal, inclusive confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, na presença e com auxílio do seu defensor, não é possível dispor acerca da inconstitucionalidade dessa exigência. Renato Brasileiro (2021, p. 255) ensina:

> Desde que o investigado seja formalmente advertido quanto ao direito de não produzir prova contra si mesmo e não seja constrangido a celebrar o acordo, parece não haver nenhuma incompatibilidade entre esta primeira obrigação do investigado, prevista no art. 28-A, caput, do CPP, e o direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII).

Então quanto ao direito ao silêncio, este permanece íntegro, o investigado confessa se quiser, o Ministério Público não possui a capacidade de obrigar o investigado a aceitar os termos do acordo.

4.3.2 Direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal

Outro questionamento sobre a exigência da confissão é se as consequências do acordo de não persecução penal seriam uma forma de constranger o investigado a confessar. Tal alegação não se sustenta, pois as condições presentes no acordo são proporcionais a pena da infração praticada, não há privação de liberdade, sendo um benefício oferecido ao investigado e não um modo de coagir ou pressionar alguém que se encontra vulnerável a decidir pela confissão.

Outrossim, a maneira que o membro do Ministério Público utilizou para formalizar o acordo deve ser avaliada levando em consideração a possibilidade de ter havido algum tipo de coação, ameaças ou constrangimentos, prezando sempre pelo respeito a vontade do investigado. Nesse momento é de suma importância a presença do defensor do investigado, para acompanhar o feito e certificar se os direitos e garantias de seu cliente estão sendo respeitados, além de orientá-lo na tomada de decisões.

Nos termos do art. 28-A, §4º, do Código de Processo Penal:

> 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.

Para verificar se o acordo foi realizado dentro da legalidade, será realizada uma audiência para homologação, no qual o juiz se atentará a voluntariedade do investigado, e o §5º do mesmo artigo dispõe que:

> 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.

Concluindo, o investigado terá sua vontade respeitada, o acordo é apenas uma oportunidade oferecida pelo Ministério Público para evitar o desgaste da ação penal, estando a pactuação do acordo vinculada a sua concordância.

4.4 FINALIDADE DA CONFISSÃO NO PROCESSO PENAL

A confissão é considerada um meio de prova, sendo um dos meios para formar o convencimento do juiz, valorada da mesma forma que os demais meios de prova. A confissão consiste no reconhecimento, pelo investigado, acerca das alegações a ele imputadas, se classificando em duas formas – simples ou qualificada – a confissão simples pode ainda ser total ou parcial, será parcial quando o investigado omite parte do fato com intenção de beneficiá-lo, por sua vez, a confissão será qualificada “quando o acusado confessa a prática do fato delituoso, mas alega que o praticou acobertado por uma excludente da ilicitude ou da culpabilidade” (LIMA, 2021, p. 657).

Embora a confissão seja valorada igualmente as demais provas produzidas em juízo, ela sozinha não tem o poder de fundamentar um decreto condenatório, sujeitando-se ao conjunto probatório. Sobre a confissão, dispõe o art. 197 do Código de Processo Penal que

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

Conforme o art. 198 do CPP, “o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”, logo, o direito ao silêncio não pode ser utilizado para prejudicar o investigado em nenhum momento da persecução penal.

Sobre a confissão realizada sem audiência de instrução e julgamento, como é o caso no acordo de não persecução penal, o art. 199 disciplina: “a confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195.”

Esse artigo permite interpretar que é possível realizar a confissão em outro momento processual, como na fase investigativa, embora nesse momento, não haja observância plena dos princípios do contraditório e ampla defesa, interferindo no valor probatório da confissão, Ranulfo de Mello Freire (1992, p. 133-138) esclarece:

> A unilateralidade das investigações desenvolvidas pela Polícia Judiciária na fase preliminar da persecução penal (informatio delicti) e o caráter inquisitivo que assinala a atuação da autoridade policial não autorizam, sob pena de grave ofensa à garantia constitucional do contraditório e da plenitude de defesa, a formulação de decisão condenatória cujo único suporte seja a prova, não reproduzida em juízo, consubstanciada nas peças do inquérito.

De acordo com Nucci (2021), a confissão feita fora do processo é considerada um meio indireto de prova, ou seja, é apenas um indício devendo ser confrontada com as demais provas existentes no processo para que possa fundamentar uma decisão, segundo o CPP, art, 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

O art. 200, do Código de Processo Penal informa que a confissão "será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto", ou seja, respeitando o princípio do livre convencimento motivado, o juiz será capaz de se valer de partes da confissão pra formular seus argumentos, além do mais, o acusado pode assumir a prática de apenas um delito e negar a prática de outros e é direito do réu contradizer ou emendar uma confissão anteriormente feita, entretanto, como ensina Nucci (2021), o juiz pode não reconhecer essa nova alegação.

Ademais, a confissão pode ser utilizada como uma circunstância atenuante para fixação da pena, consoante ao art. 65, III, d, do CP:

> Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
> […]
> III - ter o agente:
> […]
> d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

4.5 FINALIDADE DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Como já mencionado, o caput do art. 28-A, exige a confissão formal e circunstanciada para formalizar o acordo, que deve ser feita por escrito, na presença do defensor do investigado e em audiência, a qual o juiz verificará a sua voluntariedade.

Quanto a voluntariedade da confissão existem várias críticas, de um lado vários doutrinadores, a exemplo de Renato Brasileiro, entendem pela sua constitucionalidade, pois o investigado não é compelido a confessar, ela se dá de forma voluntária e espontânea, por outro lado, outros doutrinadores entendem que esse dever viola a não autoincriminação, e inclusive, tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos, como o Pacto de São José da Costa Rica, que delibera acerca do “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

Se analisado bem, o Acordo de não persecução penal não dá qualquer poder ao investigado no momento dos ajustes das condições no ato da confissão, sua voluntariedade se manifesta apenas se ele aceita ou não as exigências do Ministério Público, sobre isso Cappellari (2020, p.138) questiona acerca da influência do investigado nos ajustes das condições do acordo:

> É um acordo ou uma adesão? Porque, se confesso um crime, tenho evidentemente a aplicação de uma sanção penal, dentro do que o Ministério Público entende viável e possível, abrindo mão do devido processo legal e sabendo que a minha confissão estará ali presente e documentada.

Outrossim, mesmo o investigado possuindo essa margem de escolha, entre aceitar ou não o acordo, várias razões instigam o investigado a prosseguir com as condições pactuadas, entre elas o receio de ter sua liberdade de locomoção afastada e de responder a um processo penal demorado.

Para Cappellare (2020, p.138) “não se enxerga acordo, convenção, mas disparidade de armas”.

Se bem analisado, não há necessidade da confissão para formalizar o acordo, pois não existe proporcionalidade nessa exigência, se comparado aos demais institutos de justiça negociada, como a suspensão condicional do processo, que não obriga o investigado a confessar.

Além do mais, se revogado o acordo de não persecução penal, o processo penal será iniciado, e a confissão anteriormente proferida influenciará no seu andamento, sendo o acusado visto como culpado.

Mendes e Martinez (2020, p. 67) discorrem:

> [...] ao exigir a confissão, a lei impõe à pessoa acusada dispor do devido processo legal, além de, dado o peso probatório que os juízes e as juízas atribuem à autoatribuição da culpa, ter sido muitas vezes premida a produzir prova contra si mesma.

Logo, a confissão proferida nas tratativas do acordo confirmará a culpabilidade do investigado, sem antes observar os princípios contraditório e a ampla defesa.

Todavia, existem entendimentos contrários. Sales e Souza Santos (2020) explicam que o acordo de não persecução penal e a confissão não ocasiona em nenhum efeito prejudicial sobre a culpabilidade do investigado, visto que a sentença penal condenatória ainda não foi proferida e concluem que:

> […] as medidas e condições fixadas para gozo do benefício premial não têm natureza jurídica de pena, razão pela qual reforça-se a inexistência de violação ao direito ao silêncio e ao nemo tenetur (SALES; SANTOS, 2020, p. 43).

Por sua vez, é essencial discutir sobre o valor da confissão na hipótese de revogação do acordo de não persecução penal. O Código de Processo Penal nada mencionou a respeito disso, no entanto, o Enunciado 27, proferido pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e pelo Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal, dispõe que:

> Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo).

Como disposto no enunciado supramencionado, o Ministério Público do Estado de São Paulo dispôs no Enunciado 24: “rescindido o acordo de não persecução penal por conduta atribuível ao investigado, sua confissão pode ser utilizada como uns dos elementos para oferta da denúncia”.

Em contrapartida, doutrinadores entendem a confissão feita durante o acordo não pode ser utilizada como prova no processo penal após a rescisão do acordo:

> Mas, ainda assim, há um ponto relevante: imagine-se que o investigado celebre o acordo e depois não o cumpra. O Ministério Público pode pedir a rescisão do pacto e propor denúncia, lembrando, então, que, a essa altura, já terá havido confissão por parte do acusado. Sob esse aspecto, parece-nos que a confissão não possa ser utilizada pelo órgão acusatório no processo criminal a ser instaurado. Trata-se de prova ilegítima, visto que foi produzida para o acordo de não persecução penal. Ora, se houver processo-crime, a confissão perde a razão de ser e deve-se preservar o direito do réu à não auto incriminação (NUCCI, 2021, p. 231).

Consoante ao entendimento de Nucci, Mandarina e Santin (2020) reiteram que a confissão realizada para firmar o acordo de não persecução penal representa, meramente, uma formalidade para concretizar o ajuste, não sendo permitido a ninguém fazer uso desta condição com a finalidade de se obter provas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade desta monografia foi avaliar se o requisito da confissão, condição obrigatória para formalizar do Acordo de Não Persecução Penal, disposto no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, violava normas de ordem constitucional.

Do ponto de vista constitucional, evidenciou-se que a confissão necessária ao oferecimento do acordo de não persecução penal vai de encontro ao princípio da presunção da inocência, afastando-o para permitir a realização do acordo; do contraditório e ampla defesa, pois não possui a chance de alegar fato contrário a imputação; e do princípio do *nemo tenetur se detegere,* sendo necessário atribuir a si, a autoria da infração.

Em relação ao primeiro princípio, foi possível perceber que o requisito da confissão impõem ao investigado o dever de assumir a culpa da prática do ilícito penal o que prejudica o seu estado inicial de Inocência estabelecido expressamente pela Constituição federal, no art. 5º, inciso LVII, que determina que a culpa apenas será atribuída a alguém, quando prolatada pelo juiz a sentença penal condenatória transitada em julgado.

Quanto a ampla defesa, esta seria relativizada, pois o acordo de não persecução penal é aplicado em um momento ainda pré-processual, isto é, na fase de investigação, caracterizada pela sua forma inquisitiva, por não haver o dever de observância aos direitos e garantias do acusado, ocasionando em uma ofensa a ampla defesa do investigado, visto que o seu defensor não possui prévio conhecimento das provas indiciárias, para conduzir o seu cliente na escolha de uma decisão que seja mais benéfica. No que se refere ao princípio do contraditório, o acordo não persecução penal exige que o investigado apenas confesse o crime não havendo a possibilidade de ser discutida a ocorrência dos fatos de forma diversa, logo, é possível que o investigado assuma a imputação feita pelo membro do Ministério público por medo de sofrer uma consequência mais gravosa que as condições estabelecidas no acordo.

No tocante ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, foi analisado com mais diligência dois de seus desdobramentos, o direito ao silêncio ou de ficar calado e o direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal. Em relação ao primeiro, a obrigação de confessar o crime contraria o direito de ficar calado,

impondo consequências ao investigado caso este descumpra as condições estabelecidas no acordo e o Ministério público decida rescindi-lo, prosseguindo com a denúncia, tendo em vista que, o investigado será observado, de início, como culpado, fazendo com que o *parquet* procure colher provas que guardem relação ao seu pré julgamento. Quanto ao direito de não ser constrangido a confessar, este aparenta ter sido respeitado, uma vez que, para verificar se o acordo foi realizado dentro da legalidade, será realizada uma audiência, objetivando a homologação, no qual o juiz irá observar se o investigado concordou com o acordo por iniciativa própria, sem a influência ou coação de ninguém.

Por fim, fica claro que o investigado sofrerá prejuízos em razão da confissão proferida no acordo de não persecução penal, levando-se em consideração também, os efeitos que essa confissão produzirá na ação penal, caso o Ministério público rescinda o pacto, e denuncie o investigado, uma vez que, a confissão servirá como suporte probatório para fundamentar o recebimento da peça acusatória pelo magistrado.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. 9788530992767. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/. Acesso em: 26 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 18 fev. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 nov. 2021.

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: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 17 abr. 2022.

BECCARIA,Cesare Bonesana, Marchesi de.***Dos delitos e das penas*.**Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal.** Salvador: JusPodivm, 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal.** Salvador: JusPodivm, 2021.

CAPPELARI, M. P. M. Apresentação. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 20, p. 8–13, 2018. Disponível em: https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/147. Acesso em: 2 abr. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral (art. 1º ao 120). 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DA SILVA HELENO, Patrícia; DE ALMEIDA, Marco Antônio Delfino. O poder investigatório criminal do ministério público: acordo de não persecução penal da

resolução n. 181 de 2017 do cnmp. Mato Grosso do Sul: **Revista Jurídica UNIGRAN**, 2019.

FREIRE, Ranulfo de Mello. Valor Probatório do Inquérito Policial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 0, 1992.

GUARAGNI, Fábio André. **Acordo de não persecução penal:** os contornos da confissão exigida pelo art. 28-A do CPP. In. BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. Acordo de não persecução penal. São Paulo: D`Plácido, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto São José da Costa Rica**. 3. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GNCCRIM. GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM). **Comissão Especial:** Enunciados Interpretativos Da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019). CNPG, 2020. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf. Acesso em: 17 abr. 2022.

JUNIOR, Aury Celso Lima L. **Direito processual penal.** São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555590005. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/. Acesso em: 16 mar. 2022.

JUNQUEIRA, Gustavo et al. **Lei anticrime comentada** – artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 62.

LANGBEIN, Jonh H., **Torture and Plea Bargaining**, Revista The University of Chicago Law Review, 1978, vol. 46. Traduzido por: María Lousteau; Alberto Bovino. Disponível em: http://www.metajus.com.br/textos_internacionais/tortura-plea#bargaining semelhancas-EUA.pdf. Acesso em: 26 nov. 2021.

LENZA, Pedro.; ESTEFAM, André.; GONÇALVES, Victor.Eduardo. R. **Esquematizado - Direito penal - parte geral.** São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 9788553616343. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616343/. Acesso em: 22 nov. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada volume único**. 8. ed. Salvador: Juspodivm,2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único. 10. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2021.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote anticrime:** comentários críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PINTO, Luis Antonio Francisco. **O que é transação penal?**. Disponivel em: https://luizantoniofp.jusbrasil.com.br/artigos/148612891/o-que-e-transacao-penal#:~:text=Assim%2C%20a%20transa%C3%A7%C3%A3o%20penal%20tem,pode%20trazer%20a%20um%20indiv%C3%ADduo%2C. Acesso em: 01 nov. 2021

QUEIJO, Maria E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo** - O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal, 2. ed. Editora Saraiva, 2013. 9788502171572. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502171572/. Acesso em: 19 abr. 2022.

REIS, Anna.C.G. D.; MARINO, Aline. M.; RODRIGUES, Ana. L.; AL., et. **Teoria Geral do Processo Penal.** Porto Alegre: Grupo A, 2021. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556900001/. Acesso em: 26 nov. 2021.

SOUSA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil:** o processo penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

STEIN, Ana Carolina Filippon. **Acordo de não persecução penal e a presunção de inocência:** a (im)possibilidade da presença do direito fundamental à presunção de inocência em ambiente extraprocessual negocial. In. BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. Acordo de não persecução penal. São Paulo: D`Plácido, 2020.

SALES, Danni; SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Acordo de Não Persecução Penal e os limites da renúncia aos direitos e às garantias fundamentais.** In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda (Org.). Pacote anticrime: volume I. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020.