



A TENSÃO ENTRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O ESTADO DE INOCÊNCIA

THE TENSION BETWEEN THE AGREEMENT OF NO CRIMINAL PERSECUTION AND THE STATE OF INNOCENCE

Cristiane Mara Dallelaste Telles¹
Eduardo Puhl²

RESUMO

Considerando que a Lei n. 13.964 inseriu o acordo de não persecução penal (ANPP) no artigo 28-A do Código de Processo Penal, o qual prevê, que preenchidos os requisitos legais, o Ministério Público deve oferecer um acordo ao acusado para evitar uma persecução penal, objetiva-se analisar sua compatibilidade com o princípio constitucional da presunção de inocência. Para tanto, analisa-se o conceito, evolução histórica e natureza jurídica do ANPP, além de identificar a importância do princípio da presunção de inocência, no intuito de identificar eventuais conflitos e tensões, a partir de um método dedutivo, utilizando técnica de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial. Observou-se que o acordo de não persecução penal por si só pode ser benéfico, mas também poderia trazer prejuízos ao acusado, especialmente quando estabelece a confissão da prática do delito como requisito formal. Por fim, verificou-se que uma possível solução para o conflito seria a desnecessidade de confissão do crime, preservando o direito constitucional do acusado de que não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Palavras-Chave: Presunção de inocência. Acordo de não persecução penal. Tensão. Violação.

¹Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Contestado. Campus Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: cristiane.telles@aluno.unc.br.

²Doutorando em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc. Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc (2020). Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa “Proteção Das Liberdades Na Sociedade Do Controle” (CNPq/UNOESC). Membro do Grupo de Pesquisa “Justiça, Sociedade e Direitos Humanos” (CNPq/UnC). Professor do Curso de Direito da Universidade do Contestado (UnC). Campus Concórdia. Santa Catarina. Brasil. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9598-3892>. E-mail: eduardopuhl@gmail.com.

ABSTRACT

Whereas Law n. 13,964 inserted the non-criminal prosecution agreement (ANPP) in article 28-A of the Code of Criminal Procedure, which provides that, once the legal requirements are met, the Public Ministry must offer an agreement to the accused to avoid criminal prosecution, the objective is analyze whether the institute of the agreement violates the constitutional principle of the presumption of innocence. Therefore, the concept, historical evolution and legal nature of the ANPP are analyzed, in addition to identifying the importance of the principle of the presumption of innocence, in order to identify possible conflicts and tensions, from a deductive method, using the literature review technique and jurisprudential analysis. It was noted that the non-criminal prosecution agreement in itself can be beneficial, but it could also bring harm to the accused, especially when it establishes the confession of the crime as a formal requirement. Finally, it was found that a possible solution to the conflict would be the unnecessary confession of the crime, preserving the constitutional right of the accused not to be found guilty before the final and unappealable sentence of the criminal sentence.

Keywords: Presumption of Innocence. Non-criminal prosecution agreement. Voltage. Violation.

1 INTRODUÇÃO

A inserção do artigo 28-A do Código de Processo Penal merece investigação, tendo em vista que sua redação estabelece que, observados alguns requisitos e tendo o investigado confessado formalmente a prática do crime que está sendo acusado, deve o Ministério Público acordar condições para o cumprimento da pena. A necessidade formal da confissão como condição para o acordo gerou ampla discussão entre juristas brasileiros. Dessa forma, o presente artigo pretende analisar de forma crítica o instituto do ANPP e a sua compatibilidade com princípio constitucional da presunção de inocência.

O artigo 5º, LVII, da Constituição Federal prevê que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença. Essa previsão decorre de um pensamento iluminista, tendo em vista no sistema medieval bastavam meros indícios de autoria e materialidade para uma condenação, de modo que pouco se era falado na construção de provas.

Objetiva-se, dessa forma, analisar a influência da confissão da prática de um determinado crime na condenação do acusado, sobretudo, considerando que o acordo de não persecução penal é um procedimento extrajudicial realizado sem a

presença de um juiz togado e que também o CPP aduz que a confissão por si só não pode ser utilizada como meio de prova, previsão que decorre do estado de inocência.

O foco desse trabalho não é esgotar os requisitos do ANPP, nem mesmo criticar a atuação ministerial ou atuação de defesa. Delimitou-se o estudo ao conceito básico do acordo e a consequência que uma admissão de culpa pode gerar ao investigado, considerando também a disparidade de armas na celebração do acordo.

O problema que se pretende responder pode ser resumido a uma pergunta: A confissão, como condição expressa do acordo de não persecução penal, viola o estado de inocência, que aduz que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória?

Para a consecução dos objetivos, na tentativa de responder ao questionamento apresentado, utilizou-se do método de abordagem dedutivo, aplicando a técnica de pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial.

A proposta do artigo será desenvolvida em três seções. A primeira abordará uma breve evolução histórica, conceito e natureza jurídica do acordo de não persecução penal. A segunda focará no princípio da presunção de inocência e sua importância para o direito penal. A terceira seção analisará a confissão como condição do acordo e a possível violação do estado de inocência.

2 HISTÓRICO, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal foi inserido ao artigo 28-A do Código de Processo Penal por meio da Lei n. 13.964, com o desígnio de tornar o sistema mais célere, inteligente e eficaz, para conseqüentemente aliviar as demandas judiciais criminais e possibilitar ao judiciário e ao Ministério Público maior cautela em crimes graves que carecem da devida atenção, como é o caso do crime organizado.

Nessa linha de raciocínio, infere-se que desde 1988, após a promulgação da atual Constituição, o legislador busca implementar no Brasil a justiça penal negociada, que é muito utilizada em países que adotam o sistema *common law*, como os Estados Unidos. O principal objetivo do legislador, de acordo com Souza (2020, p. 237), “é superar o modelo de índole retributiva, impactante e repressiva, fruto de um sistema

inquisitório e medieval que já não responde satisfatoriamente às necessidades de combate à criminalidade.”

De acordo do Souza (2020), as ideias de justiça negociada podem gerar um aperfeiçoamento e até humanização do direito penal, porém, para que isso ocorra o legislador e os aplicadores da barganha devem se atentar para os direitos fundamentais tanto da vítima, quanto do acusado, para que assim se possa efetivamente falar em outras formas de sanção mais eficazes que o encarceramento.

Partindo dessa premissa, em novembro de 2005, foi inserida ao ordenamento jurídico a Lei n. 9099/95, lei dos juizados especiais cíveis e criminais, a qual prevê 4 (quatro) medidas despenalizadoras, que em havendo um consenso entre as partes podem evitar uma persecução penal, ou pelo menos impedir o seu prosseguimento, quais sejam: a) composição civil dos danos; b) transação penal; c) representação nos crimes de lesões corporais leves e culposas e; d) suspensão condicional do processo (LIMA, 2020). No entanto, essas medidas não abarcam nem metade do Código Penal, pois recaem apenas sobre crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, crimes e contravenções penais cuja pena máxima cominada é 2 (dois) anos, abrindo assim espaço para novos institutos (LIMA, 2020).

Em 23 de novembro de 2020, entrou em vigor a Lei n. 13.964, a qual incluiu o artigo 28-A ao Código de Processo Penal, texto quase que idêntico à resolução n° 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual previa o acordo de não persecução penal e autorizava a barganha entre o órgão acusatório e o investigado, em troca da confissão formal e circunstanciada do crime. No entanto, a citada resolução foi bastante criticada e declarada inconstitucional, com razão, pois além de toda a insegurança jurídica gerada para a defesa, violava o princípio da reserva legal e da segurança pública, uma vez que o CNMP não possui competência para legislar em matéria penal, que é de cunho exclusivo da união (CUNHA, 2020).

Com o artigo 28-A do Código de Processo Penal, o legislador expandiu a justiça penal negociada, pois possibilitou a negociação a 70% dos crimes do código penal, haja vista que o novo instituto, conhecido como acordo de não persecução penal, passou a abranger todos os crimes que não sejam caso de arquivamento, cuja pena mínima for inferior a 4 (quatro) anos e que não tenham sido cometidos com violência nem com grave ameaça, desde que o acusado aceite confessar formal e

circunstanciadamente, através de uma gravação audiovisual, a prática do crime de que está sendo acusado (LOPES JR, 2020).

Trata-se, portanto, de um acordo que deve ocorrer antes da ação penal, pois, após a conclusão do Inquérito Policial, a autoridade policial encaminha os autos ao Ministério Público e o parquet tem a obrigação de decidir entre denunciar, pedir mais diligências ou ordenar o arquivamento. Superada a questão do arquivamento e estando o Ministério Público convencido da autoria e materialidade do crime, antes da denúncia, de forma extrajudicial depois de analisados os requisitos deverá propor ao acusado a possibilidade de cumprir determinadas condições previamente estabelecidas que deverão ser homologadas pelo juiz de garantias (LOPES JR, 2020).

Com relação ao cumprimento do ANPP, extrai-se diretamente do Código de Processo Penal as seguintes condições que podem ser impostas cumulativa ou alternativamente:

- I - Reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- II - Renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do [art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#);
- IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do [art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou
- V - Cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (BRASIL 1941, n.p).

Com relação à origem, o ANPP encontra a sua origem e lógica em países que adotam o sistema *common law*, mais especificamente na justiça penal estadunidense, que prevê a “*plea bargaining*”, na qual o investigado, com a assistência de defensor pode: (a) confessar a culpa; (b) negar a culpa e; (c) não se defender. “Nas hipóteses de confessar e não querer se defender, abre-se caminho para a barganha, com negociação sobre o conteúdo da acusação e da pena” (LOPES JR; PINHO; ROSA 2020, p. 45).

Infere-se que não é possível esgotar a “*plea bargaining*” norte americana, pelo menos não nesse estudo, mas a título meramente ilustrativo, é importante destacar

os ensinamentos de Vasconcellos (2015), que afirma que a negociação é tão forte no sistema estadunidense que quase não encontra barreiras, ou seja, ao promotor tudo é possível, sendo inclusive autorizado a afastar certas imputações e até mesmo capitular o fato criminoso como mais brando que aquele que efetivamente ocorreu.

Ainda, Vasconcellos (2015) aponta que cerca de 98% (noventa e oito por cento) de todos dos casos criminais estadunidenses são resolvidos por meio de acordos sem qualquer homologação judicial. Veja-se, na conjuntura americana eficiência é sinônimo de condenação, de punição, ou seja, pouco se é falado em direitos fundamentais e ressocialização do acusado (VASCONCELLOS, 2015). Ideia que é corroborada por Castro (2018), que afirma que a “*plea bargaining*” é a grande responsável pela superlotação carcerária estadunidense, pois, segundo o autor, a prática difere-se muito da teoria, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais e constitucionais, situação que preocupa e que pode vir a acontecer no Brasil, principalmente se o parquet não agir de forma imparcial na celebração de acordos.

Nesse sentido, Lopes Junior (2020, p. 315) aduz que o acordo de não persecução penal “é um poderoso instrumento de negociação processual penal que requer uma postura diferenciada por parte dos atores judiciários, antes forjados no confronto e que agora precisam abrir-se para uma lógica negocial estratégica”. Isso porque aplicando a teoria dos jogos do mestre Alexandre Morais da Rosa ao instituto do ANPP, observa-se que o instituto é como uma balança, no qual de um lado o Ministério Público analisa o que pode oferecer e do outro lado o investigado aceita ou não o preço a ser pago.

Para Rogério Sanches Cunha (2020, p. 216) “compreende-se o acordo de não persecução penal como sendo o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado)”.

Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 217), na mesma linha de Raciocínio, conceitua o acordo de não persecução penal como:

[...] Negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente – pelo menos em regra, pelo juiz das garantias (CPP, art. 3º-B, inciso >.VII, incluído pela Lei n. 13.964/19) - , celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de

liberdade em troca do compromisso do Parquet de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se, não oferecer denúncia, declarando-se a extinção da punibilidade caso a avença seja integralmente cumprida.

A natureza jurídica do instituto do ANPP, revela-se, portanto, como de negócio jurídico extrajudicial, o que por si só importa a utilização de elementos de direito privado para a solução negociada em matéria de direito e processo penal.

Realizada a conceitualização do ANPP, bem como após análise de suas origens e condições, passa-se à análise do estado de inocência como direito fundamental.

3 O ESTADO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal estabelece no artigo 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988, n.p).

De acordo com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2018) essa garantia processual penal tem como escopo a tutela da liberdade do sujeito, que é presumido inocente, ou seja, a regra é a inocência e cabe ao estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, através de um processo penal amparado pelo princípio do contraditório e da ampla defesa.

No mesmo sentido, posiciona-se o ministro Alexandre de Moraes (2013), que defende a importância do princípio da presunção da inocência, do qual decorre o princípio do *in dubio pro reo*, que afirma que existindo dúvida na interpretação da lei ou da capitulação do crime, interpreta-se de forma favorável ao réu.

Lênio Streck (2015) afirma que o direito penal, incluso a um estado democrático de direito, tem o dever de garantir, ainda que minimamente, um controle do poder punitivo do estado, que deverá ser utilizado como a última *ratio*, ante diversos direitos fundamentais previstos e segurados pela constituição federal.

Esse é o caso da presunção da inocência, direito fundamental, que supera à presunção de culpabilidade de outrora. Pois, percorrendo brevemente na história desse princípio, verifica-se que no sistema medieval aqueles que eram acusados da prática de um determinado crime, eram por vezes torturados para que o estado

conseguisse uma confissão, o que conforme palavras de Lênio Streck (2015) está diretamente ligado com a presunção da culpa. Ou seja, ao acusado poucos direitos cabiam, de tal modo que poderia vir a sofrer penalizações desonrosas e cruéis.

O rogo da presunção da inocência como um direito do homem surgiu com os ideais iluministas, que defendiam que seria melhor a absolvição de um condenado do que a condenação de um inocente (STRECK, 2015). Tratava-se, portanto, de medida que buscava acastelar o cidadão do poder quase que supremo do estado e dos seus pares, de modo que apenas indícios não eram mais suficientes para uma condenação. Isto é, seria necessário, então, um processamento, no qual um juiz imparcial, previamente determinado, deveria julgar o indivíduo, com base no cotejo probatório produzido (STRECK, 2015).

Decorrido quase um século desde os iluministas, amplamente reconhecido pelos direitos humanos, previsto em diversos tratados internacionais, incluindo o Pacto de São José da Costa Rica, e expressamente disciplinado na Carta Magna (STRECK, 2015), a presunção de inocência é por vezes esquecida pelo legislador brasileiro, sobretudo quando regulamenta institutos como o acordo de não persecução penal e prevê de forma expressa na lei a admissão de culpa, invertendo assim, o ônus probatório.

Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 92), afirma que a expressão “presunção de inocência” cunhada no iluminismo exprime a ideia de que “a maioria dos homens é honesta e não criminoso e que a reconstrução probatória atinge somente o provável, jamais a perfeição”. Ou seja, em caso de dúvida sobre o cometimento ou não do crime, o estado de inocência do indivíduo deveria ser mantido, não reconhecendo sua culpa, que é exceção à regra. O ônus da prova, decorrente da observação dessa regra dos acontecimentos humanos, já então ficava relegada à acusação.

Luigi Ferrajoli (2002), então, afirma que na hipótese de uma prova ser encontrada ou produzida sem a presença de um juiz singular, não poderá ser considerada para fins de condenação, pois a regra é que se presume a inocência até a prova contrária decretada por uma sentença de condenação. Nas palavras do autor:

Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena. Sendo assim, o

princípio de submissão à jurisdição - exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo (axioma A7), e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação (Tese T63) - postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Vê-se que o que deve ser demonstrado é a culpa, e não a inocência que já é presumida desde o início. Isso porque, conforme já mencionado, a Constituição é clara ao prever que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (LOPES JR, 2020).

Ainda, de acordo com Aury Lopes Junior (2020), em regra, a presunção da inocência influi seus efeitos em três dimensões normativas, que são:

a) Norma de tratamento: Segundo o autor, a prerrogativa constitucional da presunção de inocência foi disciplinada para ser um preceito de tratamento, na qual exige-se que o réu seja considerado como inocente até que se prove o contrário por meio de uma sentença condenatória transitada em julgado. Essa norma produz efeito com relação a eventuais prisões cautelares, mas também tem o condão de preservar o acusado de condenações precoces realizadas pela mídia (LOPES JR, 2020).

b) Norma probatória: para que seja afastado a presunção da inocência, é exigido que o material probatório produzido pelo Ministério Público seja lícito, legal e suficiente para evidenciar a autoria e materialidade de uma infração (LOPES JR, 2020).

Veja-se, quando o autor se refere à palavra provas, está fazendo alusão àquelas produzidas no curso de um processo penal, amparado pelo contraditório e pela ampla defesa, e não aos fatos elencados no inquérito policial, os quais, ao menos por si só, não podem ser utilizados como elementos de fundamentação em uma sentença.

c) Norma de julgamento: No ponto, a presunção de inocência como norma de julgamento está direcionada ao juiz, que ao analisar o conjunto probatório e permanecer com dúvidas acerca da autoria e materialidade do crime, deve decidir em favor do réu (LOPES JR, 2020).

Isto é, essa norma de julgamento faz alusão à garantia constitucional de motivação das decisões judiciais, que afirma no artigo 93, IX, da CF que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas

as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados [...]” (BRASIL, 1988, n.p).

A estrutura acusatória e a previsão do estado de inocência, representam, portanto, uma importante limitação ao poder de punir do Estado, principalmente quando se entende que a persecução penal deve ser orientada a provar de forma inequívoca a culpa do agente (LIMA; MOTA, 2018, p. 755).

Em outras palavras, mas corroborando com as ideias acima elencadas, Alexandre Moraes da Rosa (2013, p. 47) vai dizer que “o acusado inicia o jogo absolvido, e a derrubada da muralha da inocência é função do jogador acusador.” Ou seja, não é novidade que a inocência é a regra e que cabe ao órgão acusatório provar o contrário, de modo que cabe ao legislador garantir esse princípio, e não o violar.

4 A CONFISSÃO COMO CONDIÇÃO DO ANPP

Ponderado acerca do ANPP, seus requisitos e sua origem, assim como destacada a importância do princípio da presunção da inocência no estado democrático de direito, passa-se a analisar o tópico central do presente trabalho, ou seja, a tensão que envolve o acordo de não persecução penal e o estado de inocência.

No ponto, a confissão como meio de prova está inserida no Código de Processo Penal, especificamente nos artigos 197 a 200, vale a transcrição:

Art. 197. 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.

Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Art. 199. A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195.

Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto (BRASIL, 1941, n.p).

O artigo 28-A do Código de Processo Penal, por sua vez, estabeleceu que:

Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e

suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...] (BRASIL, 1941, n.p).

Veja-se que, apesar de o artigo 197 prever que o valor da confissão será apreciado pelo juiz, aliado a demais provas, de modo que não possuirá caráter vinculativo, o artigo 28-A, a contrário sensu, elenca a confissão como requisito expresso.

A confissão no ANPP não é uma simples confissão genérica, pois o artigo 28-A fala de uma confissão circunstanciada e formal, ou seja, o investigado tem o ônus de confessar, de forma detalhada, todos os dados do intento criminoso (CHECKER, 2019).

Ao Ministério Público não cabe fazer acusações universais de modo que não basta que o órgão acusatório impute a prática criminal a alguém sem que ao menos relate, na proposta do acordo, todos os fatos de que têm conhecimento e que façam uma relação com o suposto delito cometido, tal qual como ocorre na denúncia (CHECKER, 2019).

Ainda, Monique Checker (2019) explica que após o Ministério Público possuir e ter descrito todos os fatos que indiquem a prática criminosa do indivíduo, deve exigir a confissão detalhada e circunstanciada dos fatos, de modo que cabe ao acusado, na presença do seu defensor, admitir a autoria e dizer se aceita ou não a proposta do órgão acusatório.

Nesse sentido, Vinicius Gomes de Vasconcelos (2015) afirma que a confissão como condição do ANPP pode distorcer a presunção de inocência, isso porque há uma valorização enorme dos fatos descritos pela vítima, que aliado ao inquérito policial, são os únicos fundamentos para uma condenação, pois o acordo, tal qual como é realizado, é uma forma de condenação. Tal situação é inadmissível na visão do autor, visto que juridicamente só há que se falar em culpa após o devido processo legal, no qual são produzidas provas lícitas, e somente depois do trânsito em julgado da condenação.

Corroborando com essa ideia, Aline e Daniel Correia Lovatto (2015) aduzem que a confissão como condição para o oferecimento do ANPP é ilegítima, pois a possibilidade de o indivíduo não se ver processado faz toda uma pressão psicológica, suficiente para que o sujeito mesmo que inocente acabe admitindo a culpa. Em outras

palavras, trata-se de uma situação na qual os dois caminhos levam à condenação, pois ao acusado cabe confessar a culpa e ser condenado ao cumprimento de serviço comunitário, prestação pecuniária, entre outros, ou não confessar e ser processado, podendo ser no futuro condenado a uma pena mais severa.

Guilherme de Sousa Nucci (2020, p. 222) é categórico ao dizer que “a confissão só gera danos ao confitente”, pois segundo o autor a confissão gera uma expressa presunção de culpa, de modo que se o acordo não for cumprido na sua totalidade, o órgão acusatório pode valer-se dessa culpa para denunciar o acusado.

A prática do órgão acusador de exigir uma minuta de confissão, na qual, inclusive, é realizada toda uma subsunção fática e legal, que, ao menos por ora, é desconhecida pelo acusado, é totalmente contrária e contraindicada, pois o CPP é muito claro quando diz que a confissão como prova só pode ser aquela realizada perante o juízo (LOVATTO, 2015).

Alexandre Moraes da Rosa (2013, p. 47) vai além e articula que: “o ANPP não pode ser considerado como mera proposta de pegar ou largar, em tom de ameaça, sob pena de se perder a dimensão negocial”. É que, conforme entendimento do autor, não há como se comparar o acordo de não persecução penal com um jogo de xadrez, na qual todas as jogadas são previsíveis, principalmente quando o que está sendo negociado é a liberdade de alguém.

No mesmo sentido, Puhl (2020) afirma que ninguém pode ser considerado culpado e nem mesmo pode-se falar no cometimento de um crime se a prova não foi alcançada através de um juiz individual.

Rogério Sanches Cunha (2020) menciona que muito embora o acordo de não persecução penal preveja a confissão do crime, essa não deve ser interpretada como reconhecimento de culpa do investigado. Trata-se, na visão do autor, de uma admissão de culpa implícita, pois a culpa, para ser realmente reconhecida, demanda um processo legal, caso contrário estaríamos diante de uma insegurança jurídica tamanha.

Rodrigo Cabral (2019), defendendo o ANPP, afirma que no Brasil é muito difícil se obter uma condenação criminal, haja vista que as varas criminais estão em sua maioria saturadas de processos, o que torna a tramitação processual morosa e por vezes um fracasso, de modo que o acordo poderá mudar esse cenário e resolver conflitos criminais com muito menos tempo que um processo judicial.

Veja-se que o que está sendo questionado nesse trabalho não é o acordo de não persecução penal em si, pois conforme muito bem articulado por Alexandre Moraes da Rosa (2020), e por Rodrigo Cabral (2019), o instituto pode ser benéfico, desde que sejam garantidos os direitos fundamentais do indivíduo. Igualmente, o intuito desse trabalho também não é criticar o órgão acusatório ou mesmo a defesa, mas sim analisar se a confissão como meio de prova viola o estado de inocência do indivíduo, porque conforme mencionado não há o porquê de o ANPP exigir a confissão.

Seguindo nessa linha de raciocínio, Vinicius Gomes de Vasconcellos (2015) afirma que é certo que um processo com todas as suas garantias e previsões legais pode condenar inocentes, tal qual como os acordos. Porém, aduz que quando comparado os riscos de um processo penal na qual é garantido o direito de defesa ao acusado e um acordo extrajudicial sem essas mesmas garantias, os riscos, data vênua, são muito maiores na barganha.

Ademais, é possível falar em uma completa distorção de funções processuais, uma vez que ao prever a confissão como condição, o ANPP faz com que a decisão acerca da culpabilidade de um investigado seja realizada pelo órgão acusatório somente com o que foi abrolhado na fase administrativa, somado com a admissão de culpa (VASCONCELLOS, 2015).

No mesmo sentido, inverte-se o papel do advogado de defesa, que passa a ter a função de antecipar eventual resultado de um processo criminal, ou seja, o advogado precisa analisar as chances de absolvição do cliente, ao passo que para isso é submetido a pressões de sancionamento mais severos com a condenação criminal (VASCONCELLOS (2015), de modo que nem sempre uma admissão de culpa é a verdade dos fatos, mas sim uma estratégia de jogo (ROSA, 2013).

Além das críticas até aqui já descritas, Vinicius Gomes de Vasconcellos (2015, p. 183) afirma que: “não existe uma igualdade de armas neste procedimento secreto, mais inquisitório que contraditório”. Ou seja, a justiça criminal brasileira está longe de ser um cenário de igualdades sociais e intelectuais, e que em que pese o ANPP não ter o condão de ser uma cópia da “*plea bargaining*” americana, pode-se sim criar no país uma cultura de encarceramento, sobretudo quando não respeitados os direitos fundamentais.

O contexto não é sobre uma questão de renunciar ou não aos direitos de um processo legal, vai muito além disso, porque o acusado está no meio de um “fogo cruzado”. Ou seja, o acusado precisa escolher entre confessar e aceitar a barganha, hipótese em que após cumpridas as condições, culminará na extinção da punibilidade, teoricamente sem efeitos penais, ou não aceitar e enfrentar uma sanção possivelmente pior.

Nas palavras de Vasconcellos (2015, p. 191-192):

O assunto vai muito além de uma questão resolvida entre renunciar ou não aos direitos processuais, pois ao acusado é ofertado a possibilidade de escolha ilusória, ao passo que uma eventual negativa a barganha, com o exercício de direito ao processo, finda por acarretar a sanção penal mais gravosa ao réu na quase (certa) possível condenação posterior. Em outros termos o oferecimento de um suposto benefício em troca do reconhecimento da culpabilidade para o acordo, não caracteriza um prêmio para aqueles que aceitarem, mas uma punição (evidentemente intimidante para os réus que escolherem o processo).

Verifica-se, portanto, que o acordo de não persecução penal pode ser uma boa ferramenta para diminuir a morosidade do Judiciário e para garantir a celeridade processual. No entanto, é preciso ponderar que o legislador não respeitou o princípio constitucional da presunção de inocência ao prever a confissão como condição expressa para a concessão do acordo, pois o aludido princípio, como já citado, é o responsável por garantir a igualdade processual entre os dois polos.

5 CONCLUSÃO

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, mais conhecida como o pacote anticrime, foi criada para ampliar os conceitos de justiça penal negociada no Brasil, pois inseriu com o artigo 28-A do Código de Processo Penal o dever do Órgão acusatório, observados os requisitos legais, possibilitar ao acusado cumprir determinadas condições para evitar um processo criminal.

O acordo de não persecução penal pode ser muito benéfico quando levada em consideração a morosidade e sobrecarga do Poder Judiciário, uma vez que os delitos criminais estão aumentando dia após dia. O legislador, porém, relativizou o estado de inocência quando, na redação do artigo 28-A, previu de forma expressa a necessidade de confissão como meio de obtenção do acordo de não persecução penal.

No ponto, a negociação do acordo pode suprimir o estado de inocência do indivíduo, pois considerando toda a pressão psicológica do acusado não se ver processado, ele poderia confessar a prática do crime sem que na verdade o tenha cometido. E é justamente por esse tipo de situação, por toda a desigualdade de armas em um processo penal, que a Constituição prevê de forma expressa que ninguém poderá ser considerado culpado, a não ser por uma sentença condenatória.

Conclui-se, portanto, que a redação do artigo 28-A, tal qual como foi elaborada, mostra-se incompatível e viola o estado de inocência do indivíduo, pois conforme mencionado ao longo do texto, o acusado tem direito de ser processado e julgado por um juiz imparcial, amparado pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, de modo que não cabe ao legislador inverter essa ótica e exigir do acusado a confissão de um determinado crime para ser supostamente beneficiado pelo ANPP.

Tirar do acusado o direito ao processo é algo sério, pois muito embora o sujeito possa ter cometido um intento criminoso, sua condição humana de sujeito de direitos deveria impedir violações por parte do Estado, sob pena de regressão ao sistema inquisitório, marcado por inúmeras condenações de inocentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964. Acesso em: 3 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 26 jun. 2011.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Um panorama sobre o acordo de não persecução penal**. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/2a36cfc8306908148b233995a76a4532.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2021.

CASTRO, Mateus Felipe de. Abrenuntio Satanae! A colaboração premiada na Lei nº 12.850/2013: um novo paradigma do sistema penal contratual? **Revista de estudos criminais** Porto Alegre, v. 17, n. 69, p. 171-219, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/36921991/CASTRO_Matheus_Felipe_de._Abrenuntio_Sa

tanae_A_colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_na_Lei_12.850_2013_um_novo_p
aradigma_de_sistema_penal_contratual_Revista. Acesso em: 30 jun. 2021.

CHECKER, Monicke. **A confissão do concurso de agentes no acordo de não persecução penal**. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. Inovações da Lei no 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_2CCR_Coletanea_Artigos_FINALpdf. Acesso em: 3 jul. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; MOTA, Rafael Gonçalves. O Julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal sob a óptica do pensamento de Neil Maccormick sobre argumentação da decisão judicial. **Revista Observatório**, Palmas, 2018. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/observatorio/article/view/4976>. Acesso em: 15 ago. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime**: Comentários à Lei nº 13.964/19 – Artigo por Artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR, A.; PINHO, A. C. B. De.; ROSA, A. M. Da. **Pacote anticrime [recurso eletrônico]**: um ano depois. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOVATO, A. T.; LOVATO, D.C. Confissão como (des)acordo de não persecução penal. 3.ed. 201-219: **Revista do MP/PR**, 2015. Disponível em <https://criminal.mppr.mp.br/pagina-1921.html>. Acesso em: 1 jul. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

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

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SOUSA, Lidiane Texeira de. **A justiça penal negociada**. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. Inovações da Lei no 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_2CCR_Coletanea_Artigos_FINALpdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

STRECK, Lênio Luiz. A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF. **Revista do MP/PR**, v. 3, p. 201-219, 2015. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/pagina-1921.html>. Acesso em: 30 jun. 2021.

STRECK. Lênio Luiz. Uma proposta séria para fazer a plea bargain a sério! São Paulo: **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-21/senso-incomum-proposta-seria-plea-bargain-serio>. Acesso em: 28 jun. 2021.

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

Artigo recebido em: 28/08/2021

Artigo aceito em: 12/11/2021

Artigo publicado em: 03/05/2022