

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: REPRESSÃO/PREVENÇÃO AO CRIME E CONFISSÃO DO INVESTIGADO

Criminal non-persecution agreement: repression/prevention of crime and confession of
the investigated

Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 178/2021 | p. 311 - 333 | Abr / 2021
DTR\2021\5598

Marcondes Pereira de Oliveira

Mestre em Ciências Jurídico-Penais pela Universidade Autónoma de Lisboa – UAL.

Membro do Ministério Público do Estado do Piauí. ORCID:

[https://orcid.org/0000-0002-9484-6124_]. Lattes:

[http://lattes.cnpq.br/3690191090096139_]. marcondespo@hotmail.com

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: Este artigo científico objetiva a análise do Acordo de Não Persecução Penal, introduzido no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, seja em relação ao sistema processual em que se insere, seja relativamente a outros institutos do tipo de acordo de julgamento, ou seja, em relação aos pressupostos, requisitos e condições com potencial de maior polêmica. Partindo da caracterização do nosso sistema processual penal como acusatório básico, e não acusatório extremado, resulta que temos como característica diferencial a indisponibilidade do objeto do processo pelas partes, o que implica que remanesce o princípio da investigação judicial, supletiva e subsidiária, em busca da verdade processual e da tomada de decisão sobre a existência da culpa e de sua medida. Essa problemática acerca da indisponibilidade do objeto do processo é entendida como alheia ao Acordo de Não Persecução Penal, haja vista que ele se apresenta como uma forma de equalização do problema criminal, com desvio do processo, resultando em “diversão por intervenção” para cumprimento de medidas extrapenais pactuadas, de forma tal que o pressuposto da confissão não se mostra fundamental, embora conste como requisito legal. O elemento “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” é aventado como condição do pacto e não como requisito subjetivado, embora essa outra possibilidade ou ambas possam vir a ser conformadas pela jurisprudência. Em quaisquer das situações, se fará necessário, a fundamentar as argumentações ministeriais ou a colmatar as condições pactuadas, o manejo das teorias dos fins da pena criminal, bem como a análise em prognose da culpabilidade do agente.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal – Sistemas processuais penais – Teorias dos fins das penas

Abstract: This scientific article aims to analyze the Criminal Non-Persecution Agreement, introduced in Criminal Procedure Code by Law 13,964/2019, either in relation to the procedural system in which it is inserted, or in relation to other institutes of the type of judgment agreement or in relation to the assumptions, requirements and conditions with the potential for greater controversy. Starting from the characterization of our criminal procedural system as basic accusatory, and not extreme accusatory, it follows that we have as a differential characteristic, the unavailability of the object of the process by the parties, which implies that the principle of judicial, supplementary and subsidiary investigation remains, in search procedural truth and decision-making on the existence of guilt and its measure. This problem about the unavailability of the object of the process, is understood as alien to the Criminal Non-Persecution Agreement, given that it presents itself as a way of equalizing the criminal problem, with “diversion from the process”, resulting in fun by intervention to comply with agreed extra penal measures, in such a way that the assumption of confession is not fundamental, although it is a legal requirement. The element “necessary and sufficient for reprobation and prevention of crime” is considered as a condition of the pact and not as a subjectivated requirement, although this other possibility or both may be conformed by the jurisprudence. In any of the situations, it will be necessary, to base the ministerial arguments or to fill the agreed

conditions, the management of the theories of the ends of the criminal penalty, as well as the prognostic analysis of the guilt of the agent.

Keywords: Criminal non-persecution agreement – Criminal procedural systems – Theories of the ends of feathers

Para citar este artigo: OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. Acordo de Não Persecução Penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 178. ano 29. p. 311-333. São Paulo: Ed. RT, abril 2021. Disponível em: inserir link consultado. Acesso em: DD.MM.AAAA.

Sumário:

1. Introdução - 2. Fundamentação - 3. Conclusão - 4. Referências bibliográficas

1. Introdução

Desde 23 de janeiro de 2020, vigem as disposições da Lei 13.964/2019 (LGL\2019\12790) – Pacote Anticrime –, que operou modificações pontuais em diversas¹ leis, com destaque para o Código de Processo Penal, haja vista que além de diversos outros importantes dispositivos, veio a introduzir o art. 28-A/CPP (LGL\1941\8), com a previsão do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP.

A redação do art. 28-A/CPP (LGL\1941\8) não diverge muito da redação do art. 18 da Resolução CNMP 181/2017 (LGL\2017\12790), contudo, o fato de uma normativa administrativa possibilitar a prática de um ato jurídico é bem diverso de que esse mesmo ato jurídico venha a ser previsto em lei, principalmente em países em que há tradição de que as regras, principalmente da prática judicial, advenham de norma legislativa, como tem sido nos países da Civil law.

Essa substancial mudança, naturalmente, vem acompanhada do necessário debate, de análises e perquirições e de uma profusão de ideias que resulta em elaborações, as quais se põem a interpretar o instituto e seu conteúdo, bem como o contexto no qual se insere, revolvendo conceitos circundantes e constitutivos do próprio instituto, tais como sistemas processuais e justiça penal negocial, além de elementos processuais e relativos à teoria de pena criminal.

Assim, os conceitos normalmente abordados dizem respeito aos sistemas processuais (inquisitivo, acusatório e misto) e modelos processuais (adversarial system e inquisitorial system), à tradição de origem das normas (Common law e Civil law) relacionadas a esses sistemas e modelos, aos tipos de consenso previstos na justiça penal negocial (acordos sobre o processo e acordos sobre o julgamento), aos pressupostos, requisitos e condições dos acordos, bem como aos efeitos e às consequências desses.

Então, procurou-se aportar, nesse debate, não só o desencontro de entendimentos acerca da natureza do sistema e do modelo processual, nos quais se insere o processo penal brasileiro, a ausência de percepção em relação à verdadeira natureza do instituto do Acordo de Não Persecução Penal, como um meio caminho para outro tipo de consenso, o acordo de julgamento, bem como ideias interpretativas em relação ao requisito da confissão do investigado e aos requisitos/condições “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

A cognição acerca do Acordo de Não Persecução Penal se faz não só com a apreensão dos seus pressupostos, requisitos e condições, mas também com o confronto do instituto com outros institutos da justiça penal negociada, e com elementos processuais e penais relacionados com o acordo, sem esquecer-se de se proceder à correta compreensão do sistema e modelo processual em que ele está inserido.

2. Fundamentação



2.1. O processo de tipo acusatório

Em momento anterior, a estrutura do processo penal teria sido do tipo acusatório puro (acusação pelo particular), havendo mudança, entre os séculos XII e XVIII, quando passou a ser do tipo inquisitivo puro; contudo, houve uma nova mudança para a estrutura do tipo acusatória de hoje (BRANDALISE, 2016, p. 57).

O processo penal de tipo acusatório é definido em torno de dois elementos. Primeiro, em razão de que a função de acusar é atribuída a um ente distinto, orgânico e funcionalmente do ente julgador. Depois, em razão de que há um reconhecimento da participação constitutiva, tanto da acusação como da defesa, na declaração do direito do caso, é o segundo elemento (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 16, nota 7.).

O sistema processual que adota, concomitantemente, ambos os elementos, é denominado de adversarial system ou processo de partes, tendo como exemplo concreto o sistema de processo norte-americano. O processo penal nesse modelo de sistema processual é tido como do tipo acusatório extremado e a nota característica diferencial é que há uma disponibilidade, pelas partes, do objeto do processo penal.

O sistema processual que adota somente o primeiro elemento caracterizador, qual seja, distinção entre o ente acusador e o ente julgador, é denominado de inquisitorial system, tendo como exemplo concreto quaisquer dos sistemas de processo adotados nos países da Europa continental (GRINOVER, 2016). O processo penal nesse modelo de sistema processual é tido como básico acusatório.

Dessa forma, o elemento que, em definitivo, determina a distinção entre os dois sistemas processuais – adversarial system e inquisitorial system – é basicamente a função, a competência e a posição do juiz no processo, que é distinta em ambos os sistemas. No primeiro o juiz se mantém completamente neutro, relativamente ao objeto do processo, fazendo papel de mero árbitro. No segundo, em face da indisponibilidade do objeto do processo, o juiz detém poderes de investigação, mesmo que eles sejam somente subsidiários e supletivos à atuação das partes.

A caracterização do processo acusatório mitigado (básico acusatório ou misto), a partir da evolução do processo inquisitivo da idade média, é retratada por Brandalise:

“Por último, há o sistema misto, que teve seu marco com o Código de Instrução Criminal francês de 1808. São notas de referido sistema, sem prejuízo de outras, a divisão do processo em suas fases (a primeira, destinada à realização da investigação criminal; a segunda, ao julgamento propriamente dito, sendo que o juiz que investiga não pode julgar); a acusação, de cunho público, atrelada ao cumprimento de requisitos; a investigação criminal realizada por um órgão de polícia judiciária; o direito ao contraditório e a um defensor; o abandono da primazia da prova legal, pelo que vinga o convencimento motivado dos juízes; e o cabimento de apelação das decisões com efeito suspensivo. No que pertine à fase de investigação, está ele aproximado do sistema inquisitivo, com o fito de que seja evitada a não persecução e a não punição de determinados fatos. Já no que se refere a segunda etapa, está aproximado do sistema acusatório, na medida em que necessita de um órgão de acusação distinto do juízo para torná-la existente” (2016, p. 58).

Dito isso, surge a questão se o sistema de processo penal brasileiro segue um modelo acusatório extremado do adversarial system, do tipo anglo-americano, ou um modelo acusatório mitigado (básico ou misto), do tipo europeu continental.

2.2. Modelo processual penal brasileiro

O nosso Código de Processo Penal é de 1941,² e nele já se indica o Ministério Público³ como o ente responsável para deduzir em juízo a pretensão acusatória, a partir de uma investigação a cargo da polícia investigativa;⁴ contudo, nega ao titular da ação penal o poder de disposição da ação,⁵ nem por interferência do ofendido⁶ e, mesmo nas ações

penais privadas, nega ao querelante o poder de disposição do objeto da demanda,⁷ portanto, já se distancia do processo de partes, em que há uma maior discricionariedade do prosecutor e o poder de disponibilidade do objeto do processo penal. Essa indisponibilidade assume um viés mais radical quando autoriza ao juiz condenar, independentemente da posição do acusador.⁸

Já em relação ao papel do juiz, reconhece o princípio investigativo, antes numa estrutura de instrução mais inquisitiva,⁹ ultimamente¹⁰ numa estrutura em que a atividade investigativa do juiz é somente supletiva e subsidiária às partes.

Há que se entender que vai ocorrendo modulações em um mesmo código de processo no decorrer do tempo, bem como há modulações que ocorrem territorialmente. Não se pode pretender, por exemplo, que o Código de Processo Penal seja igual para todos os países do continente europeu, nem por isso se nega que estejam dentro de uma mesma sistemática processual.

O modelo de sistema processual não mudou com o Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019 (LGL\2019\12790)), apesar de imprimir modulações, principalmente no sentido de reforçar a imparcialidade do julgador, portanto, não há qualquer mudança de direção com a inclusão do novo art. 3º-A¹¹ do CPP (LGL\1941\8), pois logo depois de reafirmar o princípio acusatório – não necessariamente de viés extremado –, que já existia, veda ao juiz qualquer iniciativa probatória na fase de investigação extrajudicial, bem como a investigação na fase judicial, em substituição da parte, devendo restar, contudo, a investigação judicial supletiva, nessa fase, em atendimento à indisponibilidade do objeto do processo.

Entretanto, há de buscarmos, na Constituição da República Federativa do Brasil, os comandos que determinam as estruturas do processo penal.

Em relação ao Ministério Público, há a atribuição, privativamente, do manuseio da ação penal pública,¹² portanto, aqui já se identifica o primeiro elemento do princípio acusatório, haja vista o Parquet ser um ente da república distinto, orgânica e funcionalmente, do Poder Judiciário, ente republicano que, por sua vez, possui a atribuição de realizar o julgamento de formação de culpa.¹³ Contudo, não se localiza no corpo constitucional algo que remeta à disponibilidade do objeto do processo penal.

Dispositivo de lei complementar (alínea d¹⁴ do art. 3º da LC-75/1993) reforça a indisponibilidade do objeto do processo penal, ao se reportar à indisponibilidade da persecução penal.

Não há qualquer identificação ou alinhamento da garantia constitucional do devido processo penal ao modelo de processo acusatório extremado,¹⁵ como também não há identificação do modelo de processo básico acusatório, ora praticado no continente europeu, com o processo inquisitivo do Santo Ofício, praticado pela Santa Inquisição,¹⁶ a partir do século XIII.

Portanto, em análise dos diplomas normativos, constitucional e infraconstitucional, pode-se afirmar que a estrutura do processo penal brasileiro é do tipo básico acusatório ou acusatório misto, haja vista que não imprime nota adversarial, no sentido da disponibilidade do objeto do processo, senão resguarda o poder de investigação judicial, em busca da verdade real, para além da verdade formalmente apresentada pelas partes.

Assim, a estrutura do processo penal brasileiro encontra-se alinhada com a estrutura verificada no processo penal da Europa continental e da América do Sul (acusatório/inquisitorial), mas estranhada com a estrutura estabelecida para os países da Common law (acusatório/adversarial).

Sendo a indisponibilidade do objeto do processo a nota marcante e característica do nosso modelo (básico acusatório), temos que nos ater a um tópico específico.



2.3. A indisponibilidade do objeto do processo

Figueiredo Dias (2011) defende que o modelo de sistema processual do tipo acusatório/inquisitorial vigente em Portugal – e no Brasil – seja o mais indicado a adequar os interesses da comunidade aos interesses das pessoas, individualmente consideradas. Em suas letras:

“Sempre me tenho pronunciado, em tempo de democracia como de ditadura, a favor de um modelo do processo penal alicerçado numa estrutura basicamente acusatória, integrada por um princípio subsidiário e supletivo de investigação oficial, como sendo que melhor se adequa à concepção do Estado de Direito. Desejo reiterar à partida esta minha convicção. Foi aquele modelo – filho do paradigma iluminista da função penal no seio de uma sociedade regida pelo princípio do Estado de Direito, herdeiro de uma concepção mista ou reformada (acusatória/inquisitória) do processo penal – que permitiu a recepção do formidável movimento dos direitos humanos, que estabeleceu um criterioso equilíbrio entre os direitos da comunidade (que quando se querem depreciar se fazem equivaler aos meros interesses do Estado) e o direito das pessoas e se apresenta, por tudo isto, como sinal distintivo da civilização e humanidade” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 14).

Sendo assim, teremos que trabalhar com esse modelo estrutural, a desvendar os limites e o sentido da atuação dos atores no processo penal.

Figueiredo Dias parte do problema afeto a todos, seja em Portugal,¹⁷ seja no Brasil: a crise pela qual passa a justiça penal, relativamente a deficiências estruturais que revelam pouca eficiência e baixa eficácia – sobrecarga da justiça penal –, o que implica crise no próprio Estado de Direito.

Nesse contexto, a celeridade processual, a economia processual e a eficácia da justiça penal são princípios que impactam positivamente a realização do Estado Democrático de Direito,¹⁸ portanto, não se poderia deixar de fazer uso de instrumentos que revelem ter esse ganho, como as oportunidades e estruturas de consenso no processo penal.

Assim, Figueiredo Dias se propõe a formatar, em bases teóricas, um mecanismo processual de estrutura consensual penal, a exemplo da barganha americana (plea bargaining), própria do sistema acusatório/adversarial, contudo, compatibilizado com o sistema acusatório/inquisitorial, próprio do continente europeu, em que o objeto do processo penal é indisponível.

Há de esclarecer que esse esforço se faz necessário tão somente em relação aos tipos de consenso em matéria penal que envolvam a formação da culpa, o julgamento e a aplicação de pena criminal estrita,¹⁹ a exemplo da plea bargaining (americano), do urteilsabsprachen (alemão), do reconnaissance préalable de culpabilité (francês), do patteggiamento sulla pena (italiano), da conformidad (espanhol) etc., pelo que denomina, a exemplo do instituto alemão, acordo de sentença ou “acordo sobre sentença”, ou seja, um acordo acerca do julgamento, em diferenciação de um acordo acerca do processo.

Então, o autor partiu de uma base já legislada do instituto da confissão (português) e do acordo alemão (absprachen), formatando o que virá a ser o acordo português – o “acordo sobre sentença”.

A descrição dessa construção teórica da doutrina portuguesa nos é importante, não só para que possamos compreender o nosso sistema de processo penal (acusatório/inquisitorial), mas também conceber o instituto do Acordo de Não Persecução Penal como sendo um meio caminho para a barganha penal.

Já nos adiantemos em afirmar que inexistente qualquer incompatibilidade entre o ANPP²⁰ e o nosso sistema de processo penal, sendo esse um instituto que trata com a disponibilidade regrada do exercício da ação penal, não importando em condenação e

nem em imposição de pena criminal, em sentido estrito.

Em sua construção teórica, Figueiredo Dias circunscreve que um acordo de sentença deverá se realizar depois de formulada a acusação (1) exigindo uma livre e circunstanciada confissão, (2) a ponto de se operar renúncia ao direito de produção de provas em contraditório judicial, porém, na dependência de que possa ser verificada pela autoridade judiciária,²¹ (3) podendo o acordo tratar da limitação ao quantum máximo da pena, porém, deixando margem à quantificação judicial da pena,²² por ocasião da prolação da sentença condenatória (4). Veja-se na leitura de Germano Marques:

“Prejuízos? Violação de princípios fundamentais do processo? Vão perdoar-me se não enunciei para aclarar os possíveis prejuízos para a realização da justiça porque todos foram profundamente analisados com proficiência característica do Prof. Figueiredo Dias: (i) que o acordo não pode incidir sobre a culpabilidade do arguido, devendo respeitar-se os princípios processuais da investigação e da verdade; (ii) que o princípio da culpa tem de permanecer intocado; (iii) não-de respeitar-se o princípio da publicidade, a lealdade processual sempre; (iv) manter-se o direito ao recurso que a nossa lei é irrenunciável, etc. etc.” (SILVA, 2018, p. 110).

Nesse contexto, a confissão, a renúncia à produção da prova em contraditório judicial, e a construção de uma proposta de novos limites (mínimo e máximo) de pena, dentro da amplitude prevista pelo tipo penal, funcionariam tão somente como forma de “favorecer, simplificar e acelerar o decurso do processo” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 61), sem que ocorra a disponibilidade, pelas partes processuais, do objeto do processo, assegurando, portanto, os princípios da investigação e da verdade material, tampouco retirando do julgador a função constitucional de “determinação da medida da pena”.

Nesse diapasão, o Ministério Público exerce o seu papel de formular a acusação estritamente dentro do princípio da legalidade;²³ o acusado, ao confessar, exercer um direito dentro do princípio do favorecimento do processo, adquirindo uma atenuação da pena e preservando o direito de recurso;²⁴ já se reserva ao magistrado,²⁵ ante o princípio de indisponibilidade do objeto do processo, o poder/dever de realizar um juízo de instrução, aplicando os princípios da investigação judicial subsidiária, em busca da verdade material, assim, assegurando ao Poder Judiciário a prerrogativa de definir a culpabilidade e sua medida na quantificação das penas, num exercício do princípio de livre apreciação das provas, ora ancorada na confissão²⁶ e nas provas carreadas pela investigação policial.

Não olvidar que os acordos de julgamentos, os quais importam condenação criminal e com todas as consequências, inclusive privação de liberdade, não equivalem a nosso Acordo de Não Persecução Penal, que fica ao meio do caminho²⁷ e, portanto, não implica questões relacionadas com a indisponibilidade do objeto do processo, com culpabilidade ou com a imposição de pena criminal.

2.4. O acordo de Não Persecução Penal

O Acordo de Não Persecução Penal é, a exemplo da já nossa conhecida transação penal, um acordo penal sobre o processo, isto é, não envolve julgamento. Enquanto a transação penal está no âmbito dos crimes de menor potencial ofensivo, o ANPP encontra-se no âmbito dos crimes de médio a grande potencial ofensivo. São consensos que envolvem a disponibilidade da ação penal²⁸ e o cumprimento de medidas alternativas, de natureza extrapenais.

Contudo, em razão de o ANPP encontrar-se inserido do âmbito dos crimes de médio a grande potencial ofensivo, fora-lhe atribuído pressupostos e requisitos próprios.

Mas a grande faixa caracterizadora do instituto é: não importar em julgamento, não se atribuir culpabilidade e não se aplicar pena criminal,²⁹ e isso já nos é familiar, com a transação penal.

O Acordo de Não Persecução Penal poderá ser firmado – “desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”(?) – com o investigado/indiciado em crime cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos, quando cometidos sem violência e grave ameaça contra a pessoa, desde que o delito esteja fora do âmbito dos crimes de menor potencial ofensivo e do âmbito da violência doméstica, familiar ou contra a mulher em razão da condição de gênero, sempre exigindo que o investigado/indiciado não seja reincidente, não tenha sido beneficiado, nos últimos 5 (cinco) anos, com transação penal, com suspensão condicional do processo ou com o próprio ANPP, tenha confessado ou faça confissão, formal e circunstancial, e, ainda, que os elementos probatórios não indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes.

As condições são inicialmente cumulativas: reparar o dano, quando possível (1), renunciar aos bens/direitos indicados como instrumentos/produtos/proveitos do crime, quando aplicável (2), contudo, sempre³⁰ prestar serviço comunitário (3) e pagar prestação pecuniária (4), podendo vir a cumprir outra condição, temporária, indicada pelo Ministério Público (5), como forma de modulação do acordo, desde que proporcional e adequada ao fato, principalmente quando não se puder conjugar o conectivo “e”, por exemplo, em reparar o dano ou entregar o instrumento/objeto/produto do crime.

A regra geral de demandar judicialmente é flexibilizada com a aplicação do princípio da oportunidade regrada, ocorrendo, dessa forma, uma flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, em um âmbito de positivação legislativa em que o princípio da estrita legalidade é conformado pelo consenso legislado em matéria penal.

2.5. O papel da confissão

Como já foi afirmado, o ANPP é um instituto muito próximo à transação penal, porém, com âmbito de incidência diverso, e, ainda, com pressupostos, requisitos e condições específicas e próprias.

Um dos requisitos é que o investigado/indiciado tenha “confessado formal e circunstancialmente (circunstanciadamente?)³¹ a prática da infração”, ou seja, há que ter havido a formalização do ato no qual o indiciado tenha relatado o fato de forma detalhada e concatenada com a sua participação. Esse requisito não integra as exigências para a transação penal.

Ocorre que já se inicia os questionamentos acerca da natureza e dos sentidos da confissão, realizada durante a investigação ou para o efeito de realização do ANPP, principalmente na hipótese de vir ocorrer a rescisão do acordo e o processo tenha que se ultimar pelas vias ordinárias.³²

Guaragni (2020, p. 233) se adianta em defender que o termo do dispositivo legal deva ser lido e operado como “circunstanciadamente”, em interpretação histórica feita com base no texto da Resolução 181/2017, teleológica com base na finalidade de não só “garantir ao sujeito ativo um caminho para a extinção da punibilidade”, mas “também esclarecer o caso penal por via distinta do processo” e, finalmente, sistemática com base na analogia do art. 190/CPP (LGL\1941\8)³³ (interrogatório).

Guaragni entende, ainda, que o papel da confissão seja o da resolução material do caso, pela atípica via extrajudicial e a assunção de culpa pelo investigado/indiciado, pelo que a confissão há de ser circunstanciada, completa, e não qualificada ou retratada. Em suas letras:

“O que o 28-A carrega, portanto, é a mensagem de que o sistema penal tradicional não dá conta nem de crimes que, apesar de sem violência ou grave ameaça, possuem desvalor consistente. Basta pensar nos muitos delitos funcionais e econômicos de relevo, aos quais o ANPP pode ser dirigido. Por isso, não se abdica da solução do caso penal. [...] Nos seus detalhes, positiva – como já tido – o papel que foi desempenhado na

dinâmica dos fatos por parte de cada envolvido (codelinquentes, inclusive). Nestes termos, há assunção de culpa por parte do agente” (GUARAGNI, 2020, p. 240).

Não me parece ser esse o motivo da previsão legal do requisito da confissão para a realização do ANPP.

Como já afirmado antes, o ANPP não é um acordo de julgamento, assim, seus similares são, além do instituto brasileiro da transação penal, o americano *nolo contendere*, o francês da *composition pénale* etc. Diverso, porém, é, por exemplo, o instituto português da Confissão,³⁴ em que há uma assunção de culpa, renúncia de produção de prova em juízo, abreviando do julgamento, mesmo sem uma previsão de um adequado decréscimo especial no quantum da pena da condenação.

Nos consensos penais do tipo “acordo de julgamento”, a confissão assume um papel decisivo e importante. No *plea bargaining*, estando o destino do processo tão somente nas mãos “das partes”,³⁵ o acusado confessa não somente para a assunção da culpa, mas também para ser testemunha dos fatos, restando, ao juiz, não um julgamento, mas tão somente a aferição da legalidade acerca da liberalidade e homologação do conteúdo do acordo que, enfim, importa em pena criminal.³⁶ Importante que, em caso de recusa de homologação, a confissão não pode ser usada contra o acusado, conforme anota Silva:

“Caso o juiz conclua que não é do interesse da justiça aplicar a pena recomendada nos termos da *plea bargain* pode recusar-se a aceitá-lo. Se isto ocorrer, todavia, o arguido pode retirar a sua *guilty plea* e o processo será agendado para julgamento. Na eventualidade de julgamento, a oferta mal sucedida da *guilty plea* pelo arguido não pode ser utilizada como prova contra ele” (2018, p. 103).

Já no alemão *urteilsabsprachen*,³⁷ a confissão serve para simplificar e acelerar o processo. Então, a confissão nesse tipo de acordo se faz necessária, a fim de que o juiz possa, julgando-a credível, em cotejo com os dados do processo, proceder ao juízo de culpabilidade do acordante. Nos termos colocados por Figueiredo Dias:

“Perguntar-se-á o que resta desta forma, em matéria de culpabilidade, para conteúdo e eficácia do acordo sobre a sentença. Responderei que muitíssimo, e essencial. O dá-lo a compreender exigir porém que neste preciso contexto se introduza o pressuposto essencial de qualquer acordo sobre a sentença: a existência de uma válida confissão pelo arguido, total ou parcial, dos factos contidos na acusação ou na pronúncia; só ela – nesta acepção, a *guilty plea* –, com efeito, podendo fomentar, agilizar e simplificar o decurso do processo” (2011, p. 44).

Nesses tipos de acordos penais, em ordenamentos jurídicos nos quais prevalece o sistema processual acusatório mitigado, a forma circunstanciada³⁸ da confissão se faz necessária e fundamental, em razão de que, ante o princípio da investigação judicial, haverá o julgador de avaliar se ela é credível, a conformar a verdade material.

Contudo, em acordos penais suaves da espécie do tipo do ANPP, em que ocorre a exclusão da ação penal, acarretando medidas extrapenais a serem cumpridas, portanto, um meio caminho (*diversion*) a consensos do tipo “acordo de julgamento”, a necessidade de confissão se torna questionável, de forma tal que a sua função está relacionada a outros elementos não processuais; portanto, a forma “circunstancial” já é satisfatória.

Cabral se atém à questão de quais razões a lei exige a confissão para o ANPP, apresentando duas razões, uma para desempenho de uma função de garantia³⁹ e outra para desempenho de uma função processual.⁴⁰

Não me parece que vigore essa tal função processual. Não se apresenta óbvio que se possa usar a confissão feita em procedimento extrajudicial para imprimir, em instrução judicial pós-ANPP (quando houve a sua rescisão), relevância probatória maior da que hoje já se confere à confissão extrajudicial nas instruções ordinárias, a ponto de impedir

a retratação do acusado em fase judicial. Primeiro porque poderia conflitar com o direito ao silêncio (*nemo tenetur se ipsum accusare*), na medida em que o acordo terminaria por recair em um ardil para confissões irreversíveis.

Tampouco pareça que tenha sido essa a intenção, quando se fez constar na redação da Resolução CNMP 181/2017 (LGL\2017\12790), o termo “circunstanciadamente”. Contudo, o legislador da Lei 13.964/2019 (LGL\2019\12790) terminou por alterar o termo para “circunstancialmente”, de forma tal que a jurisprudência formatará os contornos consequenciais da confissão relativamente à instrução processual pós-ANPP.

Sem olvidar, contudo, que na hipótese de haver confissão extrajudicial nos autos, mesmo que na forma retratada, em contraste com a situação de inexistir confissão qualquer, há um ganho processual, na medida em que pode ocorrer o uso dela como “elemento corroborador das provas produzidas em contraditório”, como “meio para busca de novas fontes de provas e elementos probatórios” e, finalmente, como “elemento de confronto com outras provas ou com o interrogatório judicial do acusado” (CABRAL, 2020, p. 218), como de resto já se opera ordinariamente nas instruções penais, nem mais, nem menos.

Mas permanece a questão do porquê se colocou no texto da lei a confissão extrajudicial como requisito para um acordo do tipo “diversão com intervenção”, bem como qual será a sua função e seus sentidos.

Silva faz uma análise a partir da participação dos sujeitos processuais para a resolução do processo, assim, a democracia não é somente uma forma de viver, mas também é método do procedimento, e esse método significa participação constitutiva dos sujeitos processuais, resultando que o consenso possibilita não apenas a equalização do caso, mas também a assunção pelo investigado da sua própria responsabilidade, isso porque a democracia pressupõe que cada indivíduo assuma responder pelos seus atos, frente aos seus iguais. Em arremate: “E se o ideal democrático exige estes pressupostos, o pragmatismo impõe que todo cidadão, enquanto livre, como ser moral, assuma a responsabilidade pelos seus atos” (SILVA, 2018, p. 98).

Fato é que, se possa ter buscado, quando da formatação da Resolução CNMP 181/2017 (LGL\2017\12790),⁴¹ na origem consuetudinária⁴² do acordo alemão, a âncora da confissão, já que aqui, como lá, estava a se laborar à margem da lei.

2.6. Necessário e suficiente para a reprovação do crime e prevenção de crime(s)

A redação da Lei 13.964/2019 (LGL\2019\12790)⁴³ fez constar a expressão “desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”, deixando margem para se entender que o acordo deverá ser manufaturado com intensidade o bastante para tal. As condições haveriam de ser ajustadas, em sua dosimetria, com esse propósito. Sob pena de uma rejeição judiciária.⁴⁴

Já a Resolução CNMP 181/2017 (LGL\2017\12790)⁴⁵ era explícita no sentido da necessidade de se proceder a um juízo de prognose, a fim de se aquilatar acerca da suficiência do acordo para a necessária reprovação do crime e prevenção de outros, de forma a impedir a realização do acordo.

A localização sistemática dos dispositivos, a redação e a harmonização com o sistema penal impõem essa dúbia interpretação. A jurisprudência haverá de conformar a interpretação prevalecente, principalmente ao definir conflito acerca de discricionariedade do Ministério Público versus direito subjetivo do investigado, inclusive podendo ficar num meio termo: “necessário” no sentido de se dever antever a adequação de acordo para a equalização do crime, e “suficiente” no sentido de que, em havendo adequação à necessária reprovação/prevenção (a análise a indicar que o caso deve ser equalizado com uso do ANPP), então, ele deverá ser robusto (em suas sanções), o bastante para a reprovação/prevenção.

Independentemente de que se entenda o binômio necessário/suficiente como requisito para o acordo, como condição do acordo ou, principalmente, na dupla e simultânea qualidade de requisito e condição, haver-se-á de fazer essa análise prévia acerca dos parâmetros de reprovação e prevenção de crime, seja a fundamentar a recusa de apresentar proposta de acordo, seja para elaborar adequadas cláusulas do acordo.

Pelo que aqui há de se abordar os conceitos de prevenção geral (positiva e negativa) e de prevenção especial (positiva e negativa).

2.7. A prevenção de crimes: a prevenção geral, positiva ou negativa e a prevenção especial positiva

Roxin (2004, p. 16-25) relata que historicamente as finalidades da pena criminal são admitidas tradicionalmente pela teoria da retribuição (1) pela teoria da prevenção especial (2) e pela teoria da prevenção geral, (3) resultando da combinação das três na adoção da chamada teoria unificadora,⁴⁶ contudo, refuta quer as teorias monistas (1, 2 e 3), quer a teoria de unificadora por justaposição das demais, pelo que propõe a teoria unificadora preventiva dialética.⁴⁷

A concepção de Roxin é de que as penas devam possuir finalidades puramente preventivas, então, parte da ideia de que o direito penal se dirige aos indivíduos ameaçando penas no momento legislativo, impondo penas no momento do julgamento e executando penas na ponta final, de forma tal que, nessa gradação, a etapa posterior acolhe os princípios da etapa antecedente.

Nessa concepção, a teoria geral dos fins da pena seria de prevenção geral, quando direcionada ao conjunto dos administrados, seja intimidando (aspecto negativo), seja robustecendo a confiança no direito (aspecto positivo); e de prevenção especial, quando direcionada ao delinquente em concreto, seja com atividades tendentes à ressocialização (aspecto positivo), seja com atividades tendentes à neutralização (aspecto negativo).⁴⁸

Por consecução, no momento da edição da norma (Poder Legislativo), põe-se mais forte a ideia de prevenção geral, devendo prevalecer o princípio da proteção subsidiária de bens jurídicos e da garantia dos objetivos das prestações estatais necessárias para a existência. Já no momento da aplicação/graduação da pena (Poder Judiciário), a ideia da prevenção geral se agrega à ideia de prevenção especial, sendo que a culpabilidade funcionaria como um balizamento de limite para a aplicação da pena. Enfim, quando do momento da execução da pena (administração penitenciária), em que também coexistem as ideias de prevenção geral e especial, há a necessidade de respeito à autonomia da pessoa humana durante o cumprimento da pena (ROXIN, 2004, p. 27-41).

Fato é que esses efeitos estão em dinâmica, irradiados nos sistemas sociais, com efeitos continuados e dispersos, porém, há momentos decisórios em que há de se fazer uma invocação desses efeitos a fim de fundamentar uma decisão, seja na feitura do tipo penal abstrato, seja no julgamento de um caso concreto, seja em uma tomada de decisão relativamente ao processo ou à execução de uma pena.

A prevenção especial negativa, que significa a neutralização do sujeito, no sentido de que o torne inócuo para a atividade criminosa, deve ser buscada com mais intensidade na fundamentação de decisões processuais que importem, mediata ou imediatamente, na aplicação da pena criminal tendente à privação de liberdade; portanto, sua invocação relacionada ao ANPP só faz sentido no que importar argumentação de negação de proposta de acordo, mesmo preenchidos os pressupostos e requisitos. Acaso se entenda que foi conferida essa margem de discricionariedade ao Ministério Público.

A prevenção geral positiva, que significa o fortalecimento da confiança na ordem jurídica e elevação das expectativas comunitárias na manutenção da vigência da norma, assim como a prevenção geral negativa, que ocorre pela via intimidativa, ambas se realizarão com a resposta necessária ao delito, seja pela aplicação da pena ou cumprimento de



outras medidas extrapenais do ANPP, pois sempre que ocorre uma responsabilização, com essa se realizam a confiança na norma e a reprovação ao crime.

De forma similar ocorre com a prevenção especial positiva, que é buscada pela ressocialização, procurando-se a integração social do sujeito.

Assim, qualquer justificação para bem fundamentar que não cabe acordo, em razão de uma necessária prevenção de crimes (prevenção geral) e de uma insuficiente reprovação do delito, há que dialogar com os princípios da subsidiariedade, da culpa e, principalmente, com a exigência de prevenção especial negativa.⁴⁹

Haverá sempre uma necessidade de se compatibilizar exigências de natureza da prevenção especial com as mínimas exigências de prevenção geral.

Em termos menos abstratos, e necessários a uma melhor compreensão, pode se fazer uma analogia, em hipótese, entre o que possa ocorrer em ordenamentos em que há a previsão de acordos de julgamentos e o que possa ocorrer com o nosso sistema, em que já reside o ANPP.

Na tipificação do furto qualificado, momento em que a prevenção da intimidação é mais intensa, o legislador brasileiro anunciou a amplitude de 2 a 8 anos; hipoteticamente, nas negociações em um acordo de julgamento do caso, as partes poderiam, fazendo uma prognose com análise da necessidade de pena e com a ressocialização (prevenção geral e especial), indicar uma amplitude, por exemplo, de 2 a 4 anos, quando o juiz, agora, não somente fazendo esse mesmo juízo valorativo, mais também relativamente à culpa, poderá cravar a necessidade de pena em 3 anos.

Analogicamente, o legislador do ANPP, já também tendo feito uma análise a partir do tipo penal (2 a 8 anos), levando em consideração não somente elementos de prevenção geral (pena mínima menor de 4 anos, sem violência e grave ameaça, não habitual e não profissional) e de política criminal (não ser dos âmbitos dos crimes de menor potencial ofensivo ou da violência doméstica e contra a mulher), mas também elementos de culpabilidade (não reincidência), faz a indicação de uma nova amplitude – assim como as partes o fazem no acordo do tipo de julgamento – (diminuição de 1/3 a 2/3 da pena mínima, em pena alternativa), cabendo ao Ministério Público, com análise prognóstica de prevenção⁵⁰ e culpabilidade, quantificar, concretamente em posposta de acordo, o tempo da medida extrapenal, modulando-a com outras medidas extrapenais, tal como o valor e a forma equivalentes à pena pecuniária.

2.8. A reprovação do crime: a prevenção geral positiva

Entendida a teoria geral dos fins da pena criminal, como de fundamentos exclusivamente preventivos, o termo “reprovação do crime” somente pode ser compreendido como prevenção, geral e especial, na fase da aplicação (judicial) da pena, haja vista que em toda aplicação de pena ocorre a irradiação de efeitos, positivos e negativos, à comunidade, além dos efeitos que incidem sobre o indivíduo apenado.

Reprovar⁵¹ um crime, em sede de aplicação de pena, está para a prevenção geral positiva assim como a integração social está para a prevenção especial positiva, em sede de execução de pena.

A responsabilização, seja com aplicação da pena em condenação criminal, seja com a imposição de medidas extrapenais, significa uma reprovação daquele delito em concreto, reprovação que induz intimidação ao agente, tendente a dissuadi-lo da prática de novo fato, mas, e principalmente, emite mensagem no sentido de que a norma violada continua em vigência, irradiando-se pela comunidade boas expectativas em relação à proteção dos bens jurídicos, em função da norma.

A responsabilização com medidas extrapenais por efeito do ANPP, dentro dos limites⁵² estabelecidos pela lei, é feita por prognose relativamente à pena que o Poder Judiciário

aplicaria em caso de condenação, assim, a prognose deve ser feita com base nas exigências relativas à culpa⁵³ (limita o quantum relativamente ao patamar máximo) e à prevenção.

Esses efeitos de prevenção geral há de se compatibilizarem com a necessidade de ressocialização e prevenção integradora (prevenção especial positiva).

Entende-se que o legislador da Lei 13.964/2019 (LGL\2019\12790) já fez, por prognose, a análise acerca da necessidade de pena para efeitos da prevenção geral, relativamente ao que seria a aplicação da pena pelo Poder Judiciário, ao que só restaria a análise concreta em referência à prevenção especial e à culpa, assim, tendo feito a tomada de posição explicitada nos pressupostos e requisitos do ANPP (pena máxima inferior a 4 anos, crimes executados sem violência ou grave ameaça à pessoa, não reincidência, sem habitualidade e sem profissionalidade, âmbitos em que não haja uma política criminal mais repressora), restando ao Ministério Público, por via da concreção das condições, em proposta dosimétrica, bastante para atender os fins de prevenção especial positiva (socialização/integração) e a uma prognose de culpa, sob pena de refutação pelo Poder Judiciário.

3. Conclusão

No Brasil, segue-se o sistema de processo penal que vige na Europa continental, cuja denominação se tem dito acusatório/inquisitorial, básico acusatório, acusatório mitigado ou simplesmente misto, o qual tem por características básicas: (1) que a demanda penal seja realizada por órgão distinto, orgânica e funcionalmente, do órgão julgador – elemento acusatório –, todavia, (2) em razão da indisponibilidade do objeto do processo penal, há a presença do princípio investigativo judicial, supletiva e subsidiariamente à atuação das partes – elemento inquisitorial.

Esse sistema é diverso daquele que se desenvolveu nos países da Common law – Grã-Bretanha e EUA –, e que possui a denominação de acusatório/adversarial, acusatório extremado ou sistema processual de partes, cuja característica distintiva é a disponibilidade do objeto do processo penal.

A importância de se proceder a uma precisa identificação da sistemática processual encontra-se relacionada com a (in)disponibilidade do objeto do processo, daí porque qualquer instituto de consenso penal, quando referido ao julgamento (acordo de julgamento), há de ser legislativamente formatado com adequação à sistemática de processo penal em que se encontra inserido, pois, quando se trata de modelo processual em que o objeto do processo é indisponível, há de salvaguardar o princípio da investigação judicial e da determinação da culpa e de sua medida.⁵⁴

A categorização do ANPP como “diversão com intervenção”, ou seja, maneira de resolver o caso criminal de forma diversa da que se utiliza ordinariamente no processo criminal (diversion), portanto, sem a imposição de pena criminal (formação de culpa), senão responsabilização por meio do cumprimento de meras medidas alternativas, tem como consequência o desvio da questão da (in)disponibilidade do objeto do processo.

Assim, o ANPP não difere muito do instituto da transação penal, porém, com aplicação em âmbito distinto e com pressupostos, requisitos e condições próprias.

Não sendo o ANPP um instituto consensual do tipo acordo de julgamento, que importe condenação e aplicação de pena criminal estrita, não se faz fundamental, entre os seus pressupostos, a confissão do investigado. Assim, a confissão em sede de ANPP não terá função probatória diversa da atribuída à confissão em sede de inquérito policial, marcadamente, tendo o legislador preferido o termo “circunstancialmente”, ao invés de “circunstanciadamente”, para adjetivar o ato da confissão.

“Desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” pode não ter o caráter de requisito subjetivado de cláusula geral indeterminada, capaz de impedir

a proposição da pactuação, mas, sim, revestir-se de natureza a que tenha que atender às condições a serem pactuadas, sob pena de serem tidas como “inadequadas”, por serem “insuficientes” ou desnecessárias, portanto, “abusivas”, ao ponto de terem que ser reformuladas ditas condições para que não se inviabilize o acolhimento judicial do acordo.

Seja como for, para preencher a cláusula geral indeterminada e fundamentar requisito subjetivado, ou para concretar condições adequadas e bastante a preencherem a exigência de imprimir ao pacto a qualificação de “necessário” (adequado) e suficiente à reprovação/prevenção, há que se fazer uso adequado das teorias dos fins da pena e de uma prognose da culpa do agente.

Enfim, há que se trabalhar com teorias da pena que busquem uma fundamentação da necessidade de pena em finalidades exclusivamente preventivas, fazendo uso da culpa do agente como limitação das medidas extrapenais que se possa propor para o cumprimento do ANPP, em contrapartida da exclusão do processo penal.

4. Referências bibliográficas

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

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

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul.-set. 2009.

DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini (Org.). Acordo de não persecução penal. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal: parte geral. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. São Paulo: Coimbra Editora/Ed. RT, 2007. t. I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: OAP/Conselho Distrital do Porto, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul, n. 50, jul.-ago. 1 DVD. ISSN 1983-0297. 2016.

HASSEMER, Winfried. “Punir no Estado de Direito”. In: GRECO, Luís; Antônio MARTINS (Org.). Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: Problemas fundamentais de direito penal. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

SILVA, Germano Marques da. Plea Bargaining e acordos sobre a sentença. AAVV-Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, ano 28, n. 1, p. 95-117, jan.-abr. 2018.

1 .17 normativas, na contagem de GUARAGNI, 2020, p. 223.

2 .Decreto-Lei 3.689 de 03.10.1941 (LGL\1941\8).



3 .Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

4 .Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

5 .Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

6 .Art. 25. A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.

7 .Art. 45. A queixa, ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá intervir em todos os termos subsequentes do processo.

Art. 48. A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade.

8 .Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

9 .Antes da reforma de 2008: Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.

10 .Depois da reforma de 2008: Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

11 .CPP (LGL\1941\8): Art. 3º-A. 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.

12 .Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

13 .Art. 5º: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

14 .Art. 3º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista: [...] d) a indisponibilidade da persecução penal; [...].

15 .Essas referências são encontradas em vários autores, a exemplo de DAVID, 2020, p. 14: "Sobre o assunto Jacinto Nelson de Miranda Coutinho afirma que 'vigente o devido processo legal (Art. 5º, LIV, CF (LGL\1988\3)) não há espaço senão para um processo de partes, dentro de um sistema acusatório. Aqui, os dois principais caminhos impostos



pela CR/88 e que qualquer reforma processual penal, para ter dignidade e legitimidade constitucional, deverá levar em consideração". Esse tipo de entendimento termina por observar incongruência inexistente: "No entanto, embora o modelo constitucional preveja, implicitamente, essa matriz acusatória, a estrutura codificada e a própria pragmática processuais não convergem ao formato acusatório" (DAVID, 2020, p. 15).

16 .“O modelo é genial, não fosse, antes, diabólico, embora, nascido, como se viu, no seio da Igreja Católica. Em um tempo extremamente místico, não poderia ser diferente” (COUTINHO, 2009, p. 105).

17 .“[...] o povo português perdeu a confiança no seu sistema de justiça, em particular da justiça criminal, e este tem-se revelado incapaz de estabilizar as expectativas comunitárias na sua correcção e funcionalidade” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 13).

18 .“O Estado de Direito só pode realizar-se quando se torne seguro que o agente criminoso será, no quadro das leis vigentes, perseguido, sentenciado e punido em tempo razoável com a pena justa. Por isso um processo penal funcionalmente orientado constitui uma exigência irrenunciável do Estado de Direito” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 38).

19 .“[...] o processo penal europeu continental, não sendo um processo de partes em sentido material, é contrário a qualquer ideia de disponibilidade do objecto do processo, qual faz parte tanto a questão da culpabilidade, como a questão da sanção; e não pode por isso aceitar a sua ‘negociação’ entre os sujeitos do processo, ao estilo do deal próprio da plea bargaining norte-americana” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 31).

20 .Cfr. posição contrária da doutrina brasileira em DAVID, 2020, p. 16: “Certamente, a luta teórica busca impedir que um instrumento inadequado construa um panorama de pós-verdade no sistema processual. Até lá, é necessário tratar dos elementos do instituto (ANPP) para que se chegue à uma destas opções: extirpar o instituto de forma definitiva do sistema processual penal ou implementar verdadeiramente um sistema de modelo acusatório”.

21 .“Um acordo não pode conduzir por si próprio e sem mais à conclusão sobre a culpabilidade do arguido a partir meramente da sua confissão e sem que o tribunal livremente se convença da justeza desta” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 45).

22 .“O máximo de pena a acordar tem de ser um tal que não exceda a medida da culpa nem as exigências óptimas de prevenção geral positiva; enquanto o mínimo tem de ser bastante para dar guaridas às necessidades de defesa da ordem jurídica e de prevenção especial positiva” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 62).

23 .No sistema adversarial, o persecutor, ante amplos poderes de discricionariedade, trabalha com excesso de acusação (overcharging) e blefe (bluffing). Cfr. DAVID, 2020, p. 21: “A crítica de Geraldo Prado parte das constatações de John Langbein, Renée Lerner e Bruce Smith, apontando, com base nesses autores, o uso do instrumental de barganha para superar as dificuldades probatórias de um processo condenatório e estruturais de organização do júri. Além disso, com forte referencial teórico demonstra o uso desse armamento de barganha para ampliar a população carcerária estadunidense: refletindo que esse mesmo impacto poderá ocorrer no Brasil”.

24 .Princípio da presunção de inocência, CRFB, art. 5º, LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

25 .“A qualquer acordo há-de por conseguinte estar vedada a sua verificação à custa da realização dos princípios da investigação oficial (judicial) e da verdade processualmente válida (dita `verdade material’). Neste âmbito e medida se materializa, no que respeita a questão da culpabilidade, o reclamado princípio da indisponibilidade do objecto do processo penal” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 44).

26 .“Se bem entendo, a tese do Prof. Figueiredo Dias é no sentido de que são admissíveis acordos de sentença em que se estabeleçam os limites da(s) sanções que o tribunal aplicará no caso, dentro dos limites das penalidades de cada crime objeto do processo, tendo como pressuposto a confissão do arguido e a renúncia à produção de prova no contraditório da audiência” (SILVA, 2018, p. 108).

27 .Brandalise (2016, p. 24) traz referência dessa forma de resolução de processo penal como diversão com intervenção: “Portanto, a diversão (diversion) caracteriza-se por ser uma forma de resolução dos conflitos processuais penais em que há a retirada de acusações ou a descontinuidade delas com a presença de advertências ou imposição de condições a serem cumpridas pelo acusado”.

28 .Há a disponibilidade da ação penal, mas não do objeto da ação penal. Parece divergir GUARAGNI, 2020, p. 224: “Este movimento, é sabido, rompe características do modelo de processo tradicional, representadas pelo princípios da obrigatoriedade da ação penal e pelo princípio da indisponibilidade do seu objeto”.

29 .Cfr. referência à preocupação do “resultado do acordo como sanção criminal” por ser executado em juízo de execução penal, em STEIN, 2020, p. 29.

30 .Há quem entenda que a remissão ao art. 46/CP (LGL\1940\2) não se refira à forma (incisos), mas ao quantum (caput): “A condição ajustada não poderia incidir, pois, como acima destacado, nosso legislador fez remissão expressa ao art.46 do Código Penal na redação do inc. III do art.28-A do CPP (LGL\1941\8). Enquanto espécie de pena restritiva, a prestação de serviços só pode ser aplicada às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade” (DE BEM; MARTINELLI, 2020, p. 88).

31 .“Circunstanciadamente, expressão superior constante da Resolução 181/2017, alude ao modo de confessar circunstanciado, ou seja, minuciado, detalhado. O fato, com todas as suas minúcias e detalhes, deve ser revelado pelo confessor. Já circunstancialmente é expressão que liga um objeto a uma dada situação ou circunstância: ou seja, dentro de, ou segundo uma dada situação concreta, firma-se uma consequência ou condição acerca do objeto” (GUARAGNI, 2020, p. 233).

32 .Cfr. em STEIN, 2020. p. 46: “Ademais, quanto à confissão formal produzida como requisito do acordo de não persecução, fica a preocupação desta ser utilizada como carga probatória maior que os demais elementos indiciários, os quais de plano não justificariam a interposição de uma ação penal”.

33 .Art. 190. Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam.

34 .Cfr. FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 18: “Mas também – e talvez com mais profundo significado – através da regulação legal (em alguma medida ao estilo da guilty plea) do instituto da confissão, que mergulha as suas mais fundas raízes na ideia implícita do consenso processual e de seus efeitos sobre o decurso do processo”. Cfr. BRANDALISE, 2016, p. 120. “No contexto lusitano, cabe referir que a confissão, por expressa disposição legal, é conduzida pelo juiz, que deverá se certificar das circunstâncias volitivas nas quais ela será formulada. Na medida em ela é realizada, produz consequências de grande relevância, mas a mais importante delas é a consideração de que os fatos imputados são tidos como provados, pois ela representa a renúncia à produção de provas defensivas em favor daquele que confessa. Para tanto, necessita ela ser integral e sem reservas”.

35 .“No plea bargain, o destino tanto da acusação como da defesa está nas mãos ‘das partes’, que podem escolher exercer os seus direitos processuais ou prescindir deles em troca de um benefício correspondente” (SILVA, 2018, p. 101).

36 .“Assegurada a liberdade de determinação do acusado, só então o juiz, aceitará ou não o que foi acordado, e ainda agora não apenas na base da confissão, participando agora o acusado como testemunha dos factos, mas tendo em consideração os elementos do processo que lhe permitam em juízo. Por isso que a decisão do juiz de anunciar que considera: (i) que existe uma base fática para a guilty plea do arguido relativamente a cada uma das acusações relevantes; (ii) que o arguido não se encontra no momento sob a influência de drogas ou álcool, nem sofre qualquer tipo de doença mental ou outra limitação; (iii) que o arguido compreende plenamente as acusações relativamente às quais está a assumir a culpa e que a plea é feito de forma consciente, voluntária e esclarecida, com pleno conhecimento das consequências de assumir a culpa, e (iiii) que o arguido compreende os direitos a que está a renunciar e está consciente, voluntária e esclarecidamente a renunciar a esses direitos” (SILVA, 2018, p. 103).

37 .Cfr. BRANDALISE, 2016, p. 89. “Diferentemente do sistema americano, portanto, o acordo se relaciona com a confissão que irá encurtar a marcha processual, não com a guilty plea, bem com ele depende da efetiva divulgação das provas obtidas pela acusação contra o réu, diversamente do que ocorre no sistema americano, no qual o prosecutor não tem obrigação de revelá-las integralmente”.

38 .“Uma nua declaração do tipo anglo-americano (guilty or not guilty) será de todo o ponto insuficiente: a liberdade da confissão só pode ser avaliada à luz da sua concretização ou ‘concreção’ e não pode por isso bastar-se com uma qualquer declaração sem conteúdo fático à luz da acusação ou pronúncia – como também não com uma qualquer confissão feita unicamente ‘à custa de terceiro’-, sejam quais forem as vantagens que em matéria de celeridade e de economia processuais possam ser assacadas a um tal acordo” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 45).

39 .“Essa confissão reforça a justa causa que já existia para o oferecimento da denúncia, dando seriedade e peso à realização do acordo” (CABRAL, 2020, p. 217).

40 .“A segunda função importante é que fornece ao Ministério Público – em caso de descumprimento do acordo – um importante elemento de vantagem processual. Desse modo, haverá consequências para o investigado caso ele descumpra injustificadamente o acordo” (CABRAL, 2020, p. 217).

41 .“Diante desse contexto, na Alemanha, por exemplo, passou-se a desenvolver um procedimento informal de acordo penal, mesmo sem previsão em lei para tanto”. Cfr. CNMP. Pronunciamento final em procedimento de estudos, autos 01/2017. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf]. Acesso em: 26.07.2020.

42 .Cfr. BRANDALISE, 2020, p. 83: “Até então a confissão não tinha o condão de ensejar o pronto julgamento do fato. Entretanto, os sujeitos processuais criaram uma forma de negociação em casos confessados, chamada de Absprachen. Quando desse movimento de criação, o acordo estabelecia que, com a confissão, haveria uma agilização do processo e uma limitação da pena a ser imposta. Conforme o conteúdo e detalhamento da confissão, não haveria a necessidade de maior ou de qualquer dilação probatória”.

43 .“CPP (LGL\1941\8): Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...]”.

44 .§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

45 .Resolução 181/2017. Art. 18, § 1º: Não se admitirá a posposta nos casos em que: [...] V - A celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

46 .Cfr. ROXIN, 2004, p. 26: “Cada uma das teorias da pena dirige a sua visão unilateralmente para determinados aspectos do direito penal – a teoria da prevenção especial para a execução, a teoria da retribuição para a sentença e a concepção da prevenção geral para o fim das cominações penais – e descarta as restantes formas de aparecimento do poder penal, embora cada uma delas implique intervenções específicas na liberdade do indivíduo”.

47 .“Pode denominar-se esta concepção de dialética, enquanto acentua o caráter antitético dos diversos pontos de vista e procura reuni-los numa síntese” (ROXIN, 2004, p. 45).

48 .Cfr. FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 78. “A base da solução aqui defendida para o problema dos fins da pena reside em que estes só podem ter natureza preventiva – seja de prevenção geral, positiva ou negativa, seja de prevenção especial, positiva ou negativa – não natureza retributiva”.

49 .“E o mesmo vigora para o direito penal, que serve igualmente a ordem comunitária no seu respectivo âmbito: a ideia de prevenção geral vê-se reduzida à sua justa medida pelos princípios da subsidiariedade e da culpa, assim como pela exigência de prevenção especial que atende e desenvolve a personalidade” (ROXIN, 2004, p. 44).

50 .Cfr. HASSEMER, 2012, p. 341: “[...] a ressocialização é, de acordo com o nosso entendimento atual, não apenas mudança interna, arrependimento ou simples lamento; a ressocialização é também o aprendizado de uma profissão ou a preparação profissional e organizada para a sua libertação no mundo, que, para o detento, havia se tornado estranho; a ressocialização tem contornos extremamente pragmáticos. A finalidade terrena da ressocialização é hoje um ponto de gravidade normativo”.

51 .Cfr. HASSEMER, 2012, p. 344: “De acordo com esse enfoque, permanece a pena naturalmente o mal que ela é; ela não passa a ser uma forma de cura ou mesmo um presente. Ela se faz mais compreensível e também justificável também como a mensagem de que nós todos não aceitamos a ruptura de uma norma pelo delito, que nós reafirmamos a norma violada, na medida em que respondemos à violação do direito de forma pública – e negativa”.

52 .Art. 28-A/CPP (LGL\1941\8), 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 (LGL\1940\2) (Código Penal); [...].

53 .“De resto, ‘já pela via da culpa releva para a medida da pena a consideração do ilícito típico’ ou, como exprime o art. 71º-2.a) do Código Penal, ‘o grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente’” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 53). Referência do CPB: “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]”.

54 .CRFB, art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...].