



INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
DOUTORADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

DIMAS ANTÔNIO GONÇALVES FAGUNDES REIS

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E CONTROLE JUDICIAL:
PROPOSTAS DE ESTABELECIMENTO DE LIMITES PARA UM CONSENSO
VÁLIDO**

Tese Doutorado Acadêmico em Direito
Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e Pesquisa.

Orientador: Prof. Dr. Vinicius Gomes de
Vasconcellos

BRASÍLIA/DF

2025

Código de catalogação na publicação – CIP

R375a Reis, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes

Acordo de não persecução penal e controle judicial: propostas de estabelecimento de limites para um consenso válido / Dimas Antônio Gonçalves Fagundes Reis — Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2025.

164 f. :

Orientador: Prof. Dr. inícius Gomes de Vasconcellos.

Tese (Doutorado Acadêmico em Direito Constitucional) — Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, 2025.

1. Persecução penal. 2. Direito processual. 3. Processo penal.

I.Título

CDDir 341.43

DIMAS ANTÔNIO GONÇALVES FAGUNDES REIS

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E CONTROLE JUDICIAL:
PROPOSTAS DE ESTABELECIMENTO DE LIMITES PARA UM CONSENSO
VÁLIDO**

Tese apresentada, como requisito parcial, para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Área: Doutorado Acadêmico em Direito Constitucional.

Aprovada em 08 de dezembro de 2025.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa- IDP

Prof. Dr. Ademar Borges de Souza Filho
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Prof. Dra. Denise Neves Abade
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Prof. Dr. Felipe da Costa de Lorenzi
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Prof. Dra. Clarissa Diniz Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

BRASÍLIA/DF

2025

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Fernando e Andréa, por serem fonte inesgotável de inspiração, exemplo e por terem me proporcionado todas as oportunidades, assim como me ensinaram os mais importantes valores humanos e sociais. Às minhas irmãs, Maria Eduarda e Maria Fernanda, por todo estímulo e apoio. À Cecília, por todo amor, companheirismo e tornar os desafios mais leves. Aos meus irmãos de vida e de todas as trincheiras, Victor Chebli e Victor Garcia. Aos amigos de escritório pela compreensão, motivação e união. A todos os familiares pelo carinho e incentivo. A todos os amigos, de todas as épocas, que sempre estiveram ao meu lado.

Agradeço a Deus pela generosidade, proteção, amparo e paz. Ao meu saudoso tio, Dr. Norton, por todos os ensinamentos e ser uma eterna inspiração.

Ao Professor Vinicius Vasconcellos, pela orientação em mais um trabalho, ser uma referência pessoal e grande incentivador, contribuindo significativamente para a minha trajetória acadêmica, desde a graduação, sempre com paciência, atenção e amizade.

Agradeço, também, a todos os professores da banca que contribuíram muito para o desenvolvimento do trabalho com reflexões críticas e correções, além da disponibilidade. Agradeço ao IDP e toda equipe pela oportunidade e apoio.

RESUMO

REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. *Acordo de não persecução penal e controle judicial: propostas de estabelecimento de limites para um consenso válido*. 2025. 159f. Tese (Doutorado Acadêmico em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2025.

A expansão da justiça penal negocial no Brasil, consolidada pela Lei nº 13.964/2019, instituiu o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), criando um eixo do processo penal para soluções consensuais. Contudo, a ampla discricionariedade do Ministério Público e um modelo de controle judicial frequentemente formalista geram assimetria de poder e riscos às garantias constitucionais, podendo coagir investigados a renunciarem à defesa de sua inocência para evitar os custos e as incertezas de uma ação penal. Diante desse cenário, esta tese investiga se o controle judicial sobre a legalidade e a voluntariedade do ANPP, conforme previsto em lei, é suficiente para a tutela dos direitos fundamentais do acusado. A hipótese central é que o modelo atual é deficiente por não abranger o controle judicial sobre a base fático-probatória da investigação, o que impede uma análise efetiva da própria voluntariedade e legalidade do acordo. Inicialmente, examina-se o contexto da justiça negocial e seus riscos. Em seguida, aprofunda-se a análise dos pilares de um consenso válido: o controle da voluntariedade, que exige acesso integral aos autos e defesa técnica substancial; o controle da legalidade, que abrange os requisitos de cabimento, a controversa exigência da confissão e a proporcionalidade das cláusulas; e, de forma central, o controle da base fático-probatória, demonstrando sua primazia como condição para a verificação da justa causa. Conclui-se pela necessidade de um controle judicial tripartite e substancial. Ao final, propõe-se uma reforma legislativa (*lege ferenda*) para o aperfeiçoamento do instituto. A proposta consiste na criação de um incidente processual autônomo para as tratativas do ANPP, garantindo contraditório prévio, e na alteração do art. 28-A do Código de Processo Penal para: (i) positivar a exigência de controle da justa causa para a homologação; (ii) redefinir a confissão como requisito condicional de procedibilidade, vedando seu uso como prova em caso de rescisão; e (iii) estabelecer parâmetros objetivos para a avaliação da necessidade e suficiência do acordo, limitando a discricionariedade acusatória.

Palavras-chave: Direito Penal; Direito Processual Penal; Justiça Penal Negociada; Acordo de não persecução penal.

ABSTRACT

REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. *Non-prosecution agreement and judicial control: proposals for establishing limits for a valid consensus*. 2025. 159f. Doctoral Thesis (PhD in Constitutional Law) – *Stricto Sensu* Postgraduate Program of the Brazilian Institute of Education, Development and Research, Brasília, 2025.

The expansion of negotiated criminal justice in Brazil, consolidated by Law No. 13,964/2019, established the Non-Prosecution Agreement (NPA), creating an axis of criminal procedure toward consensual solutions. However, the broad discretion of the Public Prosecutor's Office and a judicial control model that is often formalistic generate a power asymmetry and risks to constitutional guarantees, potentially coercing investigated individuals into waiving the defense of their innocence to avoid the costs and uncertainties of a criminal action. Given this scenario, this thesis investigates whether judicial control over the legality and voluntariness of the NPA, as provided by law, is sufficient to protect the fundamental rights of the accused. The central hypothesis is that the current model is deficient because it does not encompass judicial control over the factual-evidentiary basis of the investigation, which prevents an effective analysis of the agreement's voluntariness and legality. Initially, the context of negotiated justice and its risks are examined. Subsequently, the analysis delves into the pillars of a valid consensus: the control of voluntariness, which requires full access to the case files and substantial technical defense; the control of legality, which covers the eligibility requirements, the controversial demand for a confession, and the proportionality of the clauses; and, centrally, the control of the factual-evidentiary basis, demonstrating its primacy as a condition for verifying just cause. The conclusion points to the need for a tripartite and substantive judicial control. Finally, a legislative reform (*lege ferenda*) is proposed to improve the instrument. The proposal consists of creating an autonomous procedural incident for NPA negotiations, ensuring prior contradictory proceedings, and amending Article 28-A of the Code of Criminal Procedure to: (i) codify the requirement of just cause control for homologation; (ii) redefine the confession as a conditional procedural requirement, prohibiting its use as evidence in case of rescission; and (iii) establish objective parameters for assessing the necessity and sufficiency of the agreement, thereby limiting prosecutorial discretion.

Keywords: Criminal Law; Criminal Procedural Law; Negotiated Criminal Justice; Non-prosecution agreement.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	11
1	A EXPANSÃO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E A NECESSIDADE DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO.....	15
1.1	A importância da jurisdicionalidade em âmbito penal.....	16
1.2	Protagonismo das partes e atuação do Poder Judiciário na Justiça Penal Negociada.....	18
1.3	Distinção dos acordos penais na legislação brasileira.....	23
1.4	Controle judicial da voluntariedade: o risco de acusados serem desestimulados a defenderem o seu estado de inocência.....	27
1.5	Controle judicial da legalidade: conformidade das investigações e da persecução penal.....	31
1.6	Controle judicial do suporte fático-probatório vinculado ao ANPP: verificação de justa-causa, limite à discricionariedade do Ministério Público na justiça penal negociada e vedação ao excesso acusatório.....	34
1.7	Conclusões do capítulo: a necessidade de controle judicial substancial da voluntariedade, da legalidade e da base fático-probatória no ANPP como instrumento de mitigação dos riscos decorrentes da expansão da justiça penal negociada.....	40
2	O CONTROLE JUDICIAL DA VOLUNTARIEDADE NO ANPP.....	42
2.1	O direito de acesso aos autos como condição da voluntariedade.....	43
2.2	Conhecimento das imputações e das consequências em se celebrar o acordo.....	45
2.3	Defesa técnica substancial para a caracterização da voluntariedade.....	50
2.4	Necessidade de controle judicial material da voluntariedade na audiência de homologação.....	54
2.5	ANPP e prisão cautelar.....	59

2.6	Síntese do capítulo: sugestões de aperfeiçoamento prático e normativo para o aprimoramento do controle judicial de voluntariedade no ANPP.....	62
3	CONTROLE JUDICIAL DA LEGALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	65
3.1	Cabimento do acordo e suas vedações.....	66
3.1.1	<u>Infração penal sem violência ou grave ameaça.....</u>	66
3.1.2	<u>Pena mínima inferior a quatro anos: critérios de verificação.....</u>	69
3.1.3	<u>Se for cabível transação penal.....</u>	74
3.1.4	<u>Se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.....</u>	75
3.1.5	<u>Ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo.....</u>	77
3.1.6	<u>Nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.....</u>	79
3.1.7	<u>Cabimento superveniente do ANPP.....</u>	80
3.2	Controle judicial do conteúdo do acordo de não persecução penal.....	86
3.2.1	<u>Legalidade quanto ao “necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”.....</u>	86
3.2.2	<u>Confissão e os riscos de se evitar que o ANPP seja utilizado como meio de obtenção de prova.....</u>	91
3.2.3	<u>Cláusulas obrigacionais.....</u>	99
3.3	Síntese do capítulo: sugestões interpretativas de aperfeiçoamento do controle judicial de legalidade do ANPP e apontamento das situações que merecem reforma legislativa.....	103
4	LIMITES PARA O CONTROLE JUDICIAL DA BASE FÁTICO-PROBATÓRIA DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	108

4.1	Noções preliminares: fatos e provas na justiça penal negociada.....	109
4.2	Fundamentos para o controle judicial da base fática dos acordos.....	116
4.3	Controle judicial da justa causa para a celebração do ANPP.....	118
4.4	ANPP e provas ilícitas.....	122
4.5	Importância do controle judicial da base fática na verificação das obrigações pactuadas.....	123
4.6	Mecanismos processuais existentes de controle mínimo da base fático-probatória.....	124
4.7	Síntese do capítulo: repensando o controle judicial da base fático-probatória no ANPP.....	126
5	APRESENTAÇÃO DE PROPOSTA LEGISLATIVA PARA O APERFEIÇOAMENTO NORMATIVO DO CONTROLE JUDICIAL DO ANPP.....	132
5.1	Justificativas para a proposta legislativa.....	132
5.2	A proposta legislativa em espécie: incidente processual para discussões quanto ao ANPP e aperfeiçoamento dos dispositivos vigentes.....	138
	CONCLUSÃO.....	146
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	149
	APÊNDICE – CARTA À BANCA EXAMINADORA.....	159

INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei nº 13.964/2019, o denominado Pacote Anticrime, marcou uma inovação importante no desenho do processo penal brasileiro ao consolidar a expansão da justiça penal negocial. Para além de alterações institucionais e procedimentais, o marco legislativo reforçou a admissibilidade de soluções consensuais em diferentes fases do processo penal, deslocando o eixo do julgamento tradicional para um modelo que combina gestão de casos, seletividade e racionalização de custos públicos. Nesse contexto, a consensualidade aparece como resposta à crônica sobrecarga do sistema e à demanda por eficiência e uniformidade de atuação, particularmente relevante em um país como o Brasil, com a terceira maior população prisional do mundo¹.

Evidentemente, a justiça penal negocial não surgiu com o Pacote Anticrime, remontando aos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/1995), com a transação penal e a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013). Contudo, a mudança legislativa em 2019 promoveu a rearticulação desse repertório, em uma lógica de governança por acordos, com centralidade da negociação entre acusação e defesa e com protagonismo de alternativas ao julgamento.

Especificamente, ao positivar o acordo de não persecução penal (ANPP), estendeu a possibilidade de proposição de acordo, pelo Ministério Público, para o acusado que confessa crime de pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, praticado sem violência ou grave ameaça, mediante condições específicas, a serem validadas pelo Poder Judiciário. Esse formato deslocou o centro de gravidade da consensualidade para a fase investigativa, atribuindo ao Ministério Público protagonismo na negociação e reconfigurando papéis institucionais e estratégias defensivas.

Ao admitir tais soluções consensuais em fase pré-processual, o sistema passou a adotar uma estratégia de gestão de fluxos, economia de recursos e foco em crimes de maior gravidade. Isso se extrai da própria exposição de motivos do projeto de lei que deu origem ao Pacote Anticrime:

É evidente que o Código de Processo Penal de 1941 e a legislação que a ele se seguiu não estão atendendo às necessidades atuais. Assim, as reformas que ora se propõem visam dar maior agilidade às ações penais e efetividade no cumprimento das penas, quando impostas.

¹ Segundo o levantamento disponibilizado na plataforma, o Brasil conta, hoje, com uma população prisional de mais de 850 mil pessoas, sendo a terceira maior do mundo. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2025/fevereiro/observatorio-nacional-dos-direitos-humanos-disponibiliza-dados-sobre-o-sistema-prisional-brasileiro>. Acesso: 30 ago 2025.

(...) Oportuno lembrar a observação de Fernanda Regina Vilares, ao afirmar que “ser eficiente implica realizar a persecução penal da melhor forma possível, com a adequada aplicação das normas de garantia” (Ação controlada, D’Plácido, p. 152).

Em poucas palavras, as reformas são necessárias para adequar o ordenamento jurídico a uma nova realidade. É imprescindível agilizar-se a tramitação das ações penais, a fim de que a resposta seja dada pelo Poder Judiciário em tempo razoável, evidenciando a existência de um Estado que seja, a um só tempo, eficiente e respeite a garantia constitucional do devido processo penal. Não será demais, aqui, lembrar que a segurança pública é, também, direito assegurado a todos pela Constituição Federal no art. 144.

(...) As alterações propostas, portanto, visam dar equilíbrio às relações entre o combate à criminalidade e à cidadania².

Trata-se, pois, de resposta à crônica sobrecarga das instituições e à reduzida capacidade de julgamento em relação a tempo e estrutura, o que gera expectativas de aumento de eficiência, mas também dilemas sobre garantias processuais, assimetria de poder e legitimidade democrática.

Por um lado, a negociação pode reduzir litígios desnecessários, concentrar a energia estatal em casos mais graves e oferecer respostas proporcionais e individualizadas. Por outro, suscita questionamentos estruturais: até onde vai a oportunidade na atuação estatal sem comprometer a legalidade e o princípio acusatório? Como assegurar que decisões negociadas sejam livres, informadas e assistidas, e não produto de pressões sistêmicas? Que desenho de controle judicial, motivação e publicidade é compatível com a necessidade de transparência e com as garantias do acusado?

A preocupação é que, conferindo protagonismo aos espaços de consenso, o legislador contribua para distorções do modelo negocial, aproximando a justiça penal da barganha.³ O reduzido espaço de controle judicial do instituto e a ampla discricionariedade do Ministério Público na definição dos benefícios e das obrigações e na avaliação quanto aos casos de celebração de acordo pode aumentar o risco de pessoas acusadas ou investigadas serem desestimuladas a defender seu estado de inocência, principalmente em cenário de manifesta assimetria de poder entre Estado-acusador e acusado.⁴ A ânsia pela celebração dos acordos a

² Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 882/2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL%20882/2019. Acesso em: 30 de agosto de 2025.

³ No entanto, ainda que a barganha leve a uma fixação de pena acordada sem a ocorrência de todas as fases do processo, Caio Fonseca traz exemplos do modelo americano em que é necessário haver controle judicial da base fática dos acordos e a verificação de justa causa para que a avença seja válida: FONSECA, CAIO N.D. O controle judicial no acordo de não persecução penal. 2022. Dissertação (mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. P. 57.

⁴ Sobre o risco de inocentes celebrarem acordos penais: DE LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal. Pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020. P. 221-248.

qualquer custo, para dar encerramento ao processo ou à investigação – com o protagonismo exacerbado das partes e um papel tímido do Poder Judiciário – também tem o potencial de desestimular o controle judicial adequado sobre a legalidade da investigação preliminar.⁵

Diante dos riscos citados e tendo como foco o acordo de não persecução penal, esta pesquisa visa responder à seguinte pergunta: o controle judicial sobre a legalidade e a voluntariedade do ANPP, conforme previsão trazida pela Lei nº 13.964/2019, é suficiente para concretizar as garantias constitucionais penais do acusado?

A hipótese é que o modelo atual é deficiente, porque não abrange o controle judicial sobre os elementos fático-probatórios apurados na investigação preliminar, o que impede uma análise efetiva acerca da configuração de hipótese de arquivamento e dos próprios elementos de voluntariedade e legalidade.

O tema é relevante e atual, porque o ANPP é figura recente no ordenamento jurídico brasileiro e, desde o Pacote Anticrime, a consensualidade penal deixou de ser exceção para se tornar eixo de governança do sistema, enquanto persistem lacunas normativas e incertezas quanto aos limites da negociação e o alcance do controle judicial. Além disso, a difusão de arranjos negociais implica necessariamente, em um primeiro momento, heterogeneidades na sua aplicação, como em critérios de elegibilidade, termos e condições fixadas. Assim, investigar o controle judicial desse tipo de acordo não apenas dialoga com a agenda contemporânea de reformas e gestão de casos, como visa propor parâmetros concretos para reduzir assimetrias e promover garantias constitucionais.

Especificamente, considerando esse cenário de expansão da justiça penal negocial, em que há protagonismo das partes e limitações à atuação judicial, a presente pesquisa tem como objetivos (i) verificar as hipóteses de controle judicial no acordo de não persecução penal; (ii) apontar soluções interpretativas capazes de reduzir os riscos de abuso na celebração dos acordos e delimitar o controle judicial de suas bases fático-probatórias; (iii) e propor alterações normativas que aperfeiçoem o controle judicial no ANPP e aprimorem a tutela de garantias constitucionais na justiça negocial.

Para tanto, este trabalho divide-se em cinco capítulos, além desta introdução e da conclusão. O primeiro visa situar o ANPP no contexto maior de justiça penal negocial em que está inserido, bem como seus riscos e os aspectos de necessário controle judicial para sua

⁵ Acerca da exclusão de provas ilícitas nos acordos penais: WEIGEND, Thomas. Exclusion without trial? Exclusion of evidence and abbreviated procedures. *In.*: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 7, n. 1, p. 247, 2021. P. 268. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.p. 85.

mitigação. O segundo e o terceiro capítulos tratam do controle judicial da voluntariedade e da legalidade, respectivamente, que são os critérios já previstos pelo § 4º do art. 28-A do CPP para controle do ANPP. O quarto capítulo se baseia no estudo do controle judicial do acervo fático-probatório vinculado ao acordo de não persecução penal. Finalmente, o quinto capítulo condensa as sugestões de aprimoramento do ANPP veiculadas nesta tese em uma proposta de *lege ferenda*.

1. A EXPANSÃO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E A NECESSIDADE DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO

A justiça penal negociada, em sentido amplo, refere-se às situações em que o conflito penal é objeto de negociação entre as partes, em oposição à forma tradicional do processo penal, que envolve o conflito entre as partes (acusação e defesa) e a imposição de uma sentença pelo Estado-juiz, a qual absolve ou condena o réu e aplica sanções estabelecidas pela lei, com base no seu convencimento acerca dos fatos ocorridos e no direito aplicável⁶.

Assim, no âmbito do processo penal, o modelo negocial possibilita um acordo entre as partes acerca dos fatos, de sua qualificação jurídica e da sanção aplicável, relativizando a estrutura em contraditório e as garantias processuais mediante a submissão voluntária do réu a certas consequências⁷.

Nesse contexto, a expansão das formas negociais na justiça penal⁸ tem provocado diversas reflexões sobre o exercício do poder punitivo estatal e o processo penal. Algumas das problemáticas comuns a diferentes modelos e realidades são (i) os limites dos espaços de consenso; (ii) o papel do Judiciário na verificação dos fatos e provas; (iii) o reconhecimento de culpa pelo imputado; (iv) a eventual participação do juiz nas tratativas; (v) os limites da vinculação do termo; (vi) os mecanismos de impugnação dos acordos pela defesa; (vii) os riscos de pessoas inocentes celebrarem acordos; e, ainda, (viii) o caráter sancionatório das condições estabelecidas pela avença. Tais discussões derivam principalmente da subversão da lógica de confronto entre as partes gerada pelos acordos, o que altera o formato de concretização das garantias constitucionais do acusado.

Assim, enquanto fenômeno global, o avanço da justiça negocial tem fomentado o debate sobre as modalidades existentes no Brasil, principalmente as hipóteses de acordo penal inseridas no ordenamento jurídico após o Pacote Anticrime.

Dito isso, este primeiro capítulo tem como finalidade situar o ANPP no contexto maior de justiça penal negocial em que está inserido, além de apresentar os outros modelos de acordo penal previstos na legislação e as disposições legais especificamente aplicáveis ao acordo de não persecução penal, incluindo os riscos para os acusados identificados.

⁶ TULKENS, Françoise. Negotiated justice. *In.*: Delmas-Marty, Mirelle; Spencer, J. R. European criminal procedures. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 642-645.

⁷ DE LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 53-54.

⁸ DE LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 53-54.

1.1 A importância da jurisdicionalidade em âmbito penal

A sanção penal, como intervenção severa na esfera de direitos fundamentais do indivíduo, carece de especial justificação. Tal entendimento "fundamenta a existência de uma série de limitações bastante rígidas à criação e aplicação de normas penais, as quais buscam, simultaneamente, proteger o indivíduo em face da intervenção mais severa disponível ao Estado e resguardar o emprego da pena a fatos especialmente graves".⁹ Referidas limitações incluem os princípios penais e processuais penais que visam restringir o alcance do poder punitivo do Estado, como a culpabilidade, a legalidade penal e a presunção de inocência, por exemplo.¹⁰

Quanto a esse ponto, não se desconhece a ampla discussão no âmbito jurídico-penal sobre conceito, natureza e fundamentos da pena¹¹. Não obstante, o enfrentamento dessas compreensões foge ao escopo do presente trabalho e é desnecessário para o que se propõe, adotando-se aqui uma compreensão mais vertical e pragmática, no sentido de que as penas a serem evitadas pela formalização de um ANPP são as privativas de liberdade (art. 32, inciso I, do Código Penal), na medida em que as restritivas de direito e as multas (art. 32, incisos II e III do Código Penal) não trazem restrições tão severas à esfera individual do acusado.

Por sua vez, a inafastabilidade da tutela jurisdicional, prevista no art. 5º, XXXV da Constituição Federal¹², apresenta-se como "garantia da separação de poderes e como afirmação do *judicial control*"¹³, possibilitando que a tutela dos direitos fundamentais seja exercida pelo Poder Judiciário, por meio do direito de ação, com controle sobre ameaça ou violação a direitos.¹⁴ Nesse sentido, "afirma um direito de ação abstrato e atípico, mas capaz de permitir a obtenção de várias tutelas prometidas pelo direito material. Ou seja, ele garante o direito ao

⁹ DE LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 40.

¹⁰ DE LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 41.

¹¹ HOSKINS, Zachary; DUFF, Antony. Legal Punishment. *In.*: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Spring, 2024 Edition, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.). Disponível em <https://plato.stanford.edu/archives/spr2024/entries/legal-punishment/>. Acesso: 07 set 2025.

¹² Art. 5º, XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 138.

¹⁴ Sobre o direito de acesso à justiça: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à justiça. Porto Alegre: 1988, Sergio Antonio Fabris, 1988.

procedimento adequado ou à técnica processual adequada, sem, obviamente, definir qual técnica processual está garantida ao jurisdicionado".¹⁵

Especificamente no âmbito penal, a relevância dos interesses coletivos protegidos e a especial gravidade de sua intervenção nos direitos do indivíduo reforçam a submissão à legalidade e ao controle pelos órgãos jurisdicionais, em um processo formal e regrado, seguindo a lógica do direito público¹⁶. Isso implica que o poder punitivo do Estado, com a finalidade de proteção de bens jurídicos de particular interesse coletivo, é limitado por um conjunto de normas que estabelecem garantias ao indivíduo frente ao poder estatal, sendo sua aplicação de competência do Poder Judiciário, por meio do processo penal¹⁷.

Conforme definido por Lauria Tucci, a jurisdição criminal, valendo-se do processo, julga os conflitos entre as acusações de violação a bens jurídicos definidos em lei e a pretensão de liberdade, à luz das normas constitucionais e processuais penais¹⁸:

E dado, ainda, consistir a jurisdição criminal numa atividade estatal determinada à aplicação do Direito Penal material a um conflito de interesses de alta relevância social; corresponder um destes ao anseio de liberdade do ser humano, que se faz fundamento do processo penal; e constituírem as normas processuais penais, sempre, 'atualidades das garantias constitucionais', qualquer que seja o ângulo visualizado, apresentam-se as preceituações constitucionais respeitantes ao Direito Processual Penal como base e diretriz das normas reguladoras do respectivo processo.¹⁹

Dito isso, a jurisdição penal é inafastável no exercício do poder punitivo estatal (*jus puniendi*), o qual se dá por meio da ação, não havendo aplicação de sanção penal sem jurisdicionalidade – *nulla poena siene judicio*²⁰. Trata-se, portanto, de sistema que se apoia na

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. In: CANOTILHO, J.J.Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Org.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP). p. 389.

¹⁶ DE LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 153.

¹⁷ Mendes e Branco reforçam a necessidade de as normas processuais serem instrumento de consecução da atividade jurisdicional: "As regras processuais devem ser entendidas como orientadas para proporcionar uma solução segura e justa dos conflitos, não podendo ser compreendidas de modo caprichoso, com o fito de dificultar desnecessariamente a prestação jurisdicional." MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 161.

¹⁸ Sobre o conteúdo do processo penal: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989.

¹⁹ TUCCI, Rogério Lauria. Devido processo penal e alguns dos seus mais importantes corolários. In.: Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 88, p. 464, 1993

²⁰ Indo além, Antonio Suxberger afirma que "a ação penal é resultante das garantias individuais que tornam o jus puniendi um direito de coação indireta: afinal, ninguém pode ser condenado a uma pena criminal senão por meio de uma sentença judiciária." SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Acordo de não persecução penal: alternativa à judicialização do caso penal. In.: BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó (coord.). Acordos de não persecução penal e cível. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 160.

imparcialidade cognitiva do juiz, importante garantia do jurisdicionado²¹, a partir de provas produzidas pelas partes e da contraposição de suas versões, em um processo com garantias e procedimentos devidamente estabelecidos pela lei, visando à uma resolução justa, não sujeita ao arbítrio estatal.

Em matéria penal, a inafastabilidade da tutela jurisdicional tem particular relevo, considerando que a atuação do Estado-juiz independe, em alguns casos, inclusive de manifestação ou pedido pelo titular do direito violado, como na hipótese de concessão de *habeas corpus* de ofício pelo julgador, na obrigação do titular da ação penal pública incondicionada de apresentar a denúncia, quando preenchidos os requisitos legais e na impossibilidade de renúncia à pretensão formulada na inicial acusatória.

1.2 Protagonismo das partes e atuação do Poder Judiciário na Justiça Penal Negociada

A adoção de institutos negociais também reflete em alterações nos espaços de atuação de cada sujeito processual. No modelo tradicional, tem-se o confronto entre acusação e defesa, mediante produção probatória em contraditório, com a análise de todos os fatos, provas e argumentos a ser realizada por magistrado imparcial e que dará o veredito sobre a procedência ou não das imputações lançadas. Na justiça negocial, por sua vez, o acusado deixa a sua posição de resistência rumo à construção do consenso²² com a acusação²³.

Nesse contexto, o papel do órgão jurisdicional também é alterado. Enquanto na ação penal tradicional o objetivo é julgar o mérito a partir da instrução processual realizada, na justiça consensual o foco passa a ser a análise de legitimidade do acordo celebrado entre as partes²⁴.

Embora os tipos de acordos apresentem suas particularidades e diferentes espaços de consenso, traço comum à justiça penal negociada é o protagonismo das partes no desfecho do

²¹ PEREIRA, Eliomar da Silva. A jurisdição penal no estado de direito: a divisão intraprocessual do poder punitivo. *In.*: Law of Justice Journal, v. 35, n. 3, p. 261, 2021.

²² Aqui, adota-se um conceito amplo de consenso, que inclui também os acordos por adesão, e não apenas os modelos que possibilitam a aceitação ou recusa de propostas, por meio de discussões e concessões recíprocas para influenciar o conteúdo final do acordo.

²³ VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 50.

²⁴ “Nesse cenário, o processo penal em sua estrutura distorcida, deixando de ser desenhado a partir de um sistema acusatório, com duas partes e um terceiro imparcial julgador. A defesa adere à acusação, que tem a sua principal função (acusar e produzir provas para fundamentar suas imputações) esvaziada, e, por fim, o juiz torna-se, fundamentalmente, mero homologador do acordo realizado. Em lugar da contraposição de duas versões, o processo acaba sendo local exclusivo da acusação.” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 30-31.

caso²⁵. Logo, a opção legislativa de adotar as soluções negociais na justiça penal gera debates sobre como conciliar o protagonismo das partes, inerente à lógica negocial, com a tutela jurisdicional dos fatos e garantias processuais, sendo necessário discutir os limites de atuação do Poder Judiciário nesse âmbito.

De plano, por se tratar de estruturas distintas, “deve-se afastar a tentação de aplicar os mesmos princípios do devido processo tradicional para as situações marcadas pelo consenso”²⁶. Assim, a ideia de um *devido processo consensual* passa pela aplicação de princípios estruturantes específicos, relacionados à negociação entre as partes, como “a autonomia da vontade – como decorrência do princípio da liberdade –, a eficiência, a boa-fé objetiva e a lealdade”²⁷.

Contudo, tendo em vista o risco de aplicação de sanção penal – mais gravosa por natureza – e as assimetrias de poder entre acusação e acusado, não há como prescindir das garantias constitucionais aplicáveis ao acusado, mesmo em um cenário de justiça negocial, por se tratar de importantes mecanismos de contenção do exercício do poder punitivo estatal.

Nesse sentido, a atuação da acusação na justiça penal negocial deve ser estritamente pautada pela legalidade, tanto na verificação das hipóteses de cabimento dos acordos penais, quanto na estipulação das obrigações e na apuração dos fatos em sede de investigação preliminar. Devem ainda adotar fundamentação clara e precisa, de modo a não incorrer em acusações genéricas.

Isso é relevante, porque o protagonismo das partes na dinâmica negocial, associado à redução do controle judicial, pode ampliar a discricionariedade do Ministério Público na definição dos benefícios e das obrigações e na análise de celebração de acordos, com o emprego de técnicas sem amparo legal. Esse cenário pode gerar, de um lado, risco de pessoas acusadas ou investigadas serem desestimuladas a defenderem o seu estado de inocência²⁸ e, de outro,

²⁵ FONSECA, CAIO N.D. O controle judicial no acordo de não persecução penal. 2022. Dissertação (mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. P. 32.

²⁶ MENDONÇA, Andrey B. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord.). Colaboração Premiada. São Paulo: RT, 2017. p. 67-68.

²⁷ MENDONÇA, Andrey B. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord.). Colaboração Premiada. São Paulo: RT, 2017. p. 64.

²⁸ Sobre o risco de inocentes celebrarem acordos penais: DE LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal. Pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020. P. 221-248.

ânsia pela celebração dos acordos a qualquer custo, com simples intuito de encerrar investigações ou processos de forma célere²⁹.

Semelhante raciocínio se aplica à atuação do Estado-juiz. Embora na justiça negocial haja a tendência de se conferir protagonismo aos espaços de consenso, relegando a um segundo momento a atuação do juiz no controle formal dos acordos³⁰, o controle judicial se faz necessário para a limitação da discricionariedade do Ministério Público, coibindo a ocorrência de excesso acusatório, isto é, o *overcharging*, em suas modalidades horizontal ou vertical³¹. Logo, para dar efetividade às garantias constitucionais penais, necessário que haja um controle judicial efetivo de todo o procedimento que antecede eventual proposta de acordo.

Nessa linha, o protagonismo das partes durante a fase das tratativas não pode tolher o dever do juiz de realizar um controle efetivo e substancial do processo e do termo de solução consensual. Deve-se coibir entendimentos que requeiram ao Poder Judiciário apenas a análise formal dos acordos, impedindo um controle efetivo quanto ao preenchimento dos requisitos legais do acordo e ao mérito em si³².

²⁹ Acerca da exclusão de provas ilícitas nos acordos penais: WEIGEND, Thomas. Exclusion without trial? Exclusion of evidence and abbreviated procedures. *In.*: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 7, n. 1, p. 247, 2021. P. 268. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.p. 85.

³⁰ Os limites do controle judicial constituem ponto central da justiça penal negocial. No que se refere ao ANPP, vale importar a reflexão trazida por Mariana Souza sobre o controle judicial homologatório na colaboração premiada: “ A cognição do juiz, no momento da homologação, não pode ser demasiadamente rasa, a ponto de deixar passar acordos que careçam de condições de validade; mas, por outro lado, não pode ser demasiadamente profunda, a ponto de permitir que o juiz assuma o papel das partes ou faça um pré-julgamento do caso”. SOUZA, Mariana M. Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco? *In.*: MENDES, Soraia da Rosa (Org.). A delação/colaboração premiada em perspectiva. Brasília: IDP, 2016. p. 63.

³¹ A respeito do excesso acusatório (*overcharging*) na justiça penal negocial: “É nesse contexto que ocorre o fenômeno do *overcharging*. Em síntese, ele pode ser definido como a prática consistente em multiplicar as acusações contra um imputado (*horizontal overcharging*) ou imputar prática de crime mais grave a ele (*vertical overcharging*), com o objetivo de induzir o imputado à negociação de um *guilty plea* – a aceitação da aplicação de pena imediata, com a renúncia ao julgamento por júri no curso do processo – em troca de o acusador dispensar parte das acusações ou reduzi-las a crimes menos graves (ALSCHULER, 1968, p. 85-86). O uso dessas espécies de acusação excessiva é estratégico: o acusador muitas vezes não dispõe de prova suficiente para acusar pelas acusações “a mais” ou ao menos não tem interesse em assegurar a condenação por elas, mas as usa como moedas de troca (ALSCHULER, 1968, p. 85-86). Embora o fenômeno chame atenção desde os anos 1960, a literatura recente mostra que os mecanismos de *overcharging* vertical e horizontal permanecem essencialmente os mesmos (CRESPO, 2018, p. 1312).” CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. O risco de *overcharging* na prática negocial do processo penal brasileiro. *In.*: Boletim IBCCRIM. Ano 29. Nº 344. Julho de 2021. São Paulo. P. 29-31. ALSCHULER, Albert. The prosecutor’s role in plea bargaining. *In.*: University of Chicago Law Review, Chicago, v. 36, p. 50-112, 1968. CRESPO, Andrew Manuel. The Hidden Law of Plea Bargaining. *In.*: Columbia Law Review, New York, v. 118, n. 5, p. 1303-1424, 2018.

³² Constatando a timidez do controle judicial na justiça penal negocial, limitando-se ao controle meramente formal, Vasconcellos afirma: “Sem dúvidas, tal verificação tende a se forçar em aspectos formais do negócio jurídico, não se aprofundando em relação ao mérito do caso e à oportunidade de saída alternativa.” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. P. 187. Também verificando que a realidade apresentada ao controle judicial nos institutos negociais possui limitações de cognoscibilidade: DUARTE, Hugo Garcez; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Justiça consensual e tutela dos direitos individuais. *In.*: PHRONESES – Revista do Curso de Direito da FEAD, n. 4, jan-dez. 2008. p. 72.

Evidentemente, esse controle deve ser dosado, já que uma participação excessivamente ativa pode retirar das partes o protagonismo negocial³³. Algum distanciamento do magistrado na fase de tratativas é desejável – e, em alguns casos, mandatório³⁴ – para possibilitar uma negociação autônoma entre as partes e garantir sua imparcialidade na etapa de controle judicial³⁵. De toda forma, nos casos em que a lei não faz escolha categórica, é relevante o debate sobre os limites de cognoscibilidade do magistrado na justiça penal negocial³⁶, já que a completa omissão do Poder Judiciário pode prejudicar o controle de legalidade e a verificação de premissas fáticas adotadas pela acusação como base para celebração do acordo.

Nessa linha, o controle judicial dos acordos penais “consolida o próprio papel do juiz no sistema de justiça criminal negocial enquanto garantidor das regras do devido processo, limitando o exercício do poder punitivo e assegurando a dimensão democrática do Estado de Direito”³⁷.

Com efeito, a faculdade de transacionar, no âmbito do processo penal, deve ser exercida em conformidade com os preceitos legais e constitucionais legal, isto é, livre de vícios, sem coerções indevidas ou abusos de autoridade que constringam o acusado a aceitar o acordo, em prejuízo do direito de desconstituir a acusação pela via tradicional³⁸. Segundo Lorena Bachmaier, “a renúncia ao processo será considerada livre se a consequência no caso de sua recusa ao acordo também possa ser considerada uma solução justa”³⁹ – e, para que a solução seja justa, é necessário o controle judicial. Nesse sentido:

³³ Nesse sentido: SOUZA, Mariana M. Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco? In: MENDES, Soraia da Rosa (Org.). *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016. p. 63.

³⁴ Por exemplo, a Lei nº 12.850/2013, em seu art. 4º, §6º, veda a participação judicial nas tratativas do acordo de colaboração premiada. Já no ANPP, o art. 28-A do CPP concentra a atuação jurisdicional durante a fase de homologação e em caso de rescisão, não havendo previsão de presença nas negociações.

³⁵ A Lei nº 12.850/2013, em seu art. 4º, §6º, veda a participação judicial nas tratativas do acordo de colaboração premiada. De igual forma, no ANPP, o art. 28-A do CPP concentra a atuação jurisdicional durante a fase de homologação e em caso de rescisão, não havendo qualquer previsão de presença nas negociações.

³⁶ Sobre o debate da participação do juiz na fase das tratativas: TURNER, Jenia Iontcheva. *Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View*. In.: *The American Journal of Comparative Law*, v. 54, n. 4, p. 501-570, 2006.

³⁷ MATOS, Francisco T.; NUNES, Mariana M.; VASCONCELLOS, Vinicius G. O juízo de prelibação na fase homologatória dos acordos de colaboração premiada: controle a partir das balizas fixadas no art. 3º-B, § 4º, da lei nº 12.850/2013. In.: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 23, n. 2, p. 494, mai./ago. 2022. <https://doi.org/10.12957/redp.2022.64617>.

³⁸ Oportuna a distinção entre os modelos tradicional e de negocial formulada por Felipe De-Lorenzi: “Vista em contraste com esse modelo tradicional, a justiça negociada ou consensual é aquela que possibilita, em maior ou menor medida, que um acordo entre as partes ao longo do processo exerça influência sobre a constatação dos fatos, sua qualificação jurídica e/ou a sanção aplicável e que a submissão voluntária do réu a certas consequências jurídicas relativize a estrutura em contraditório e a rigidez das garantias processuais.” DE LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal. Pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. P. 54.

³⁹ BACHMAIER WINTER, Lorena. *The European Court of Human Rights on Negotiated Justice and Coercion*. In.: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 26, p. 236-259, 2018. P. 258. Da mesma

O acordo é legítimo se for aceito pelo acusado em condições de liberdade voluntária, sem pressões ou coações, com conhecimento de seus termos e de suas consequências, especialmente a renúncia a direitos fundamentais, como à defesa e ao contraditório, além de, por fim, apresentar uma base fática mínima para atestar sua adequação ao caso⁴⁰.

Dito isso, é fundamental que o Poder Judiciário exerça controle sobre os espaços de consenso, prevenindo que as alternativas negociais subvertam o direito de resistência do acusado e se convertam em mecanismos de barganha.

Independentemente do formato negocial, “a jurisdição criminal é uma atividade estatal voltada à aplicação do direito penal material e, assim, deve observância às garantias constitucionais que balizam o direito processual penal.”²¹ Sendo inafastável a jurisdicionalidade, conforme prescreve a Constituição⁴¹, deve a atuação do Poder Judiciário alcançar tanto a ação penal tradicional quanto as soluções consensuais.

Com efeito, este trabalho adota a visão de que os acordos penais são uma forma de acesso à justiça criminal⁴², sendo o exercício da jurisdicionalidade penal protetor das garantias fundamentais processuais e da própria coletividade nos institutos negociais, ao tutelar se a solução negociada, nos termos da lei, protege o bem jurídico violado.

Dessa forma, o magistrado desempenha importante papel de garantidor da lei no âmbito da justiça penal negociada, devendo zelar pela sua aplicação, ainda que contrarie a vontade pactuada pelas partes.⁴³ A título de exemplo, antes da publicação da Lei nº 13.964/2019, diversos acordos de colaboração premiada foram firmados com cláusulas de obrigações e benefícios não previstos em lei (*e.g.*, criação de regimes prisionais diversos), de modo que o Judiciário exerceu papel importante ao não os homologar ou revisar decisões homologatórias. Como resultado, a Lei nº 13.964/2019 incluiu o inciso II do §7º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, que passou a vedar a estipulação de benefícios não previstos em lei.

Ao se repensar o papel e o espaço de atuação do controle judicial nos acordos penais, deve-se ter em mente que o acordo não pode superar a necessidade de se obter uma resposta estatal justa ao caso concreto⁴⁴. Embora seja uma das possibilidades de desfecho, não deve se

forma: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.p. 106.

⁴⁰ VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e justiça criminal negocial. 2ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. P. 89.

⁴¹ Constituição Federal, art. 5º, XXXV.

⁴² SCHMITT JUNIOR, Leoberto Simão. Justiça Penal Negociada. Diretrizes e limites da atividade judicial. Porto Alegre: CDS, 2024. p. 81.

⁴³ FONSECA, CAIO N.D. O controle judicial no acordo de não persecução penal. 2022. Dissertação (mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 53.

⁴⁴ Scarance Fernandes, ao tratar do papel do magistrado na justiça penal negocial, retrata a necessidade de se analisar o caso concreto e o acervo fático-probatório, não verificando a existência ou não de hipóteses de

substituir à atuação estatal no exercício do seu *jus puniendi* como forma principal de solução dos conflitos na justiça penal, tendo em vista que "em termos de obtenção de uma resolução justa, o processo penal nos moldes tradicionais é preferível"⁴⁵.

Assim, em nome da celeridade e da eficiência processual, não se pode realizar acordos injustos, que não correspondam à realidade dos fatos ou não se amoldem aos limites de espaços de consenso previstos em lei. Afinal, um acordo incorreto ou incabível é uma solução injusta.

Em sentido diverso, defensores de menor controle judicial no âmbito dos acordos penais entendem que a convicção da acusação sobre o caso (*opinio delicti*) e o conteúdo das cláusulas são imunes à apreciação do poder Judiciário, sendo essas matérias restritas à negociação das partes⁴⁶. Ocorre que o direito penal é regido por uma lógica de direito público, sendo a legitimação dos acordos circunstancial, "pelo fim pragmático de conferir efetividade e eficiência à persecução e sancionamento de crimes, em um contexto de sobrecarga e morosidade da justiça penal"⁴⁷, não constituindo fim em si mesmo.

1.3 Distinção dos acordos penais na legislação brasileira

Expostas as premissas teóricas sobre jurisdicionalidade e controle judicial na justiça penal negocial, serão apresentadas as diferentes modalidades de acordo previstas na legislação penal brasileira, além de suas principais características: (i) transação penal, (ii) suspensão condicional do processo, (iii) colaboração premiada e (iv) acordo de não persecução penal⁴⁸.

absolvição: "Afirma-se que não há eliminação dos poderes do juiz, o qual pode exercer, conforme o procedimento, até um tríptico papel. O primeiro, de apreciar o mérito com a finalidade de verificar se não é possível solução mais favorável ao acusado, podendo absolvê-lo ou declarar extinta a punibilidade. Desempenharia um segundo papel ao examinar a qualificação jurídica do fato, ao apreciar as circunstâncias apontadas pelas partes para determinação da pena em concreto. O último papel seria o de constatar se o acusado, ao pedir o acordo ou ao concordar com a proposta do Ministério Público, estava suficientemente esclarecido e agiu de forma voluntária." (FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal. São Paulo: RT, 2005. p. 258)

⁴⁵ DE LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 155.

⁴⁶ CABRAL, Rodrigo L. F. Manual do acordo de não persecução penal. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. P. 81

⁴⁷ DE LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 155.

⁴⁸ Sobre as semelhanças dos institutos negociais: "Os acordos podem se apresentar de diferentes formas, e há substanciais variações de conteúdo, flexibilidade e espaço de negociação conferido às partes, nos mais diferentes institutos presentes nos ordenamentos jurídicos. Apesar disso, trata-se de mecanismos que retiram dos juízes a centralidade do julgamento, concedendo às partes uma abertura para construir, por meio do acordo, a solução do conflito penal, que deixa de ser unilateral." FONSECA, CAIO N.D. O controle judicial no acordo de não persecução penal. 2022. 303f. Dissertação (mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. P. 32.

A transação penal e a suspensão condicional do processo (SUSPRO) são hipóteses de solução consensual previstas na Lei nº 9.099/1995 que não exigem confissão⁴⁹, levando ao encerramento do processo sem acordo sobre a sentença ou reconhecimento de culpabilidade pelo acusado ou investigado⁵⁰.

Prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/1995, a transação penal é cabível quando houver representação ou se tratar de crime de ação penal incondicionada cuja pena máxima não for superior a 2 (dois) anos. A norma prevê a aplicação imediata de penas restritivas de direitos ou multas, sendo o controle judicial exercido após o aceite da proposta (§3º), que é submetida à homologação e enseja a aplicação das condições acordadas.

A transação penal exige que não seja o caso de arquivamento (*caput* do art. 76) e não acarreta reincidência, limitando-se, contudo, ao agente que não tenha sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, por acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo (§4º).

Por sua vez, a suspensão condicional do processo (SUSPRO), prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, é cabível para os crimes cuja pena mínima é igual ou inferior a 1 (um) ano, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos para suspensão condicional da pena, conforme art. 77 do Código Penal⁵¹.

A SUSPRO consiste na suspensão da tramitação da ação penal, mediante a fixação de obrigações e um período de prova de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. Sendo todas cumpridas e respeitado o transcurso do tempo fixado, a punibilidade será extinta e o processo encerrado.

Na suspensão condicional do processo, o controle judicial se dá após o aceite do acusado, durante o período de prova e no cumprimento das obrigações. Como há o oferecimento

⁴⁹ GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES, Luiz F. Juizados Especiais Criminais. 5. ed. São Paulo: RT, 2005. P. 164.

⁵⁰ Como apontado por Gabriel Hillen, “Embora tais institutos possuam diferenças substanciais em seus regimes jurídicos, compartilham o traço comum de se pautarem em uma visão de justiça penal distinta da tradicional, em que o julgamento de crimes e a aplicação de penas são realizados de forma unilateral (impositiva) pelos tribunais com base na lei, eis que autorizam que um acordo entre as partes influencia na resolução processual e no direito material.” HILLEN, Gabriel. O controle judicial de validade do acordo de colaboração premiada. 1ª ed. São Paulo. Marcial Pons. 2024. P. 13.

⁵¹ “Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.”

da denúncia, o controle judicial da base fático-probatória não é realizado no contexto da proposta, mas sim no ato de recebimento ou rejeição da denúncia, nos termos do art. 395 do CPP.

Esse momento de apresentação da SUSPRO, com possibilidade de controle judicial da base fático-probatória anterior à homologação judicial, servirá de inspiração para a proposta de *lege ferenda* do capítulo 5, que será formulada sobre o aperfeiçoamento do controle judicial do ANPP.

Já a colaboração premiada se diferencia de todos os institutos negociais por ser o único cujo escopo é ser meio de obtenção de prova. Nesse modelo, a fase das tratativas é exclusiva às partes (art. 4º, §6º da Lei nº 12.850/2013), devendo a documentação e as informações trocadas permanecerem em sigilo até que sobrevenha decisão judicial de levantamento de sigilo (art. 3º-B da Lei nº 12.850/2013).

O controle judicial na colaboração premiada se dá principalmente no momento da homologação do acordo e é concentrado nos seus aspectos formais⁵². Após a formalização do acordo entre acusação e defesa, o termo é submetido ao juízo, juntamente com a cópia da investigação, e será realizada a audiência com a oitiva sigilosa do colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que serão analisados os requisitos para homologação, previstos no art. 4º, §7º da Lei nº 12.850/2013.

O controle judicial do acordo de colaboração premiada deve verificar: *(i)* a regularidade e a legalidade; *(ii)* a adequação dos benefícios às hipóteses legais, sendo nulas as cláusulas que estabeleçam qualquer regime inicial ou de cumprimento de pena não previsto em lei, bem como quaisquer regras de progressão não estabelecidas na legislação; *(iii)* a adequação do acordo aos seus objetivos centrais, como identificação dos integrantes da organização criminosa, revelação da sua estrutura hierárquica e divisão de tarefas, prevenção de eventuais atividades criminosas, recuperação total ou parcial de produto ou proveito de crimes cometidos pela organização criminosa e localização de eventual vítima com integridade física preservada; e *(iv)* a voluntariedade da manifestação de vontade ao celebrar o acordo, com maior atenção nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

Naquilo que interessa ao presente trabalho, a comparação com a colaboração premiada é relevante para a reflexão sobre o controle judicial a ser exercido sobre o ANPP, impedindo o instituto de ser desvirtuado como meio de obtenção de prova. A título de exemplo, utilizar a

⁵² MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. 7. ed. São Paulo:Atlas, 2020, p. 148.

confissão contra corréu que não celebrou o ANPP significaria, na prática, equiparar a finalidade do instituto à da colaboração premiada.

Além disso, se mesmo na colaboração premiada – que é um meio de obtenção de prova – devem existir outras provas para fins de condenação e recebimento da denúncia, igual ou maior rigor deve haver em relação à parte que celebra acordos que não constituem meios de prova por natureza.

Finalmente, o acordo de não persecução penal é um negócio jurídico bilateral, de natureza processual, cujo objetivo é evitar o oferecimento da ação penal, em troca da confissão formal e circunstanciada do acusado/investigado e de sua submissão a determinadas condições.⁵³ Gustavo Badaró vislumbra o ANPP como

[...] um negócio jurídico processual entre investigado e Ministério Público, que substancialmente constitui um acordo sobre pena, em que se aceita o cumprimento de uma pena restritiva de direitos, com benefício de sua redução, em troca de se abrir mão do processo.⁵⁴

O ANPP pode ser oferecido pelo Ministério Público para o acusado que confessa crime de pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, praticado sem violência ou grave ameaça, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante condições específicas a serem cumpridas no acordo formalizado.

O primeiro momento de controle judicial ocorre com o juízo homologatório, em audiência com oitiva do investigado na presença da sua defesa técnica, momento em que o juiz verificará a voluntariedade e a legalidade do acordo (art. 28-A, §4º, do CPP).

Se, na audiência de homologação, o juiz considerar inadequados, insuficientes ou abusivos os termos do acordo, ele poderá devolver os autos ao Ministério Público para reformulação da proposta, com a concordância do investigado e do seu defensor, conforme estipula o §5º do art. 28-A.

Como consequência, o juiz pode homologar o acordo, com a posterior remessa dos autos ao Ministério Público para que inicie a execução perante o juízo de execução penal (§6º do art. 28-A); ou se recusar a fazê-lo, nos termos do §7º, caso entenda que a proposta não atende os requisitos legais ou quando não for realizada a adequação da proposta estipulada no §5º. Caso a proposta de acordo seja recusada, o juízo encaminhará os autos ao Ministério Público para

⁵³ CUNHA, Vítor Souza. Acordos de admissão de culpa no processo penal. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 221.

⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal (edição eletrônica). 9ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

que haja manifestação sobre a necessidade de complementação das investigações ou oferecimento de denúncia, conforme estipula o §8º do art. 28-A.

Verifica-se, portanto, que a transação penal e o ANPP são institutos despenalizadores e não constituem acordos sobre a sentença, além de não serem meios de obtenção de prova, a exemplo do acordo de não colaboração premiada. Em verdade, por serem alternativas ao oferecimento de denúncia – uma vez que ambos têm como requisito, precisamente, não ser o caso de arquivamento –, faz-se necessário que o controle judicial homologatório realize uma incursão fático-probatória no caso para verificar se haveria justa causa para a denúncia que deixou de ser oferecida.

Nesse contexto, a exigência da confissão para o ANPP demanda um controle ainda mais rigoroso, visto que há debate no âmbito do Poder Judiciário sobre sua utilização em face de corréus ou contra o próprio celebrante em caso de rescisão. Assim, compreende-se que algumas das reflexões e propostas trazidas pelo presente trabalho também poderão ser aproveitadas em debates acerca do controle judicial na transação penal.

Ademais, existem crimes que são passíveis tanto de suspensão condicional do processo quanto de acordo de não persecução penal. Para o acusado, as vantagens de se optar pelo ANPP são o não oferecimento da denúncia e a extinção da punibilidade logo após o seu cumprimento, não tendo de se sujeitar ao período de prova.

Já as vantagens de se optar pela SUSPRO são a inexigibilidade de confissão e a existência de maiores espaços de postulação das teses defensivas, principalmente com a possibilidade de apresentar resposta à acusação, no âmbito da qual o acusado poderá arguir preliminares e desconstituir a justa causa para o recebimento da denúncia, sem prejuízo de aceitar o benefício caso suas teses não sejam acolhidas.

1.4 Controle judicial da voluntariedade: o risco de acusados serem desestimulados a defenderem o seu estado de inocência

A justiça negocial abre espaço para questionamentos quanto ao risco de pessoas inocentes celebrarem acordo penal. Com o desfecho consensual, renuncia-se à instrução probatória em prol da fixação de sanção penal ou obrigação pactuada, sem constituição de pena. No Brasil, diferentemente de outros ordenamentos, não é possível a realização de acordo sobre os termos da sentença, ou seja, a fixação de pena privativa de liberdade acordada mediante a assunção ou não de culpabilidade.

Com exceção da colaboração premiada, que pode ser firmada inclusive durante a execução penal, os institutos negociais brasileiros são uma alternativa à persecução penal e não implicam em acordo sobre a pena privativa de liberdade e nem reconhecimento de culpabilidade ou estabelecimento de uma sentença condenatória, uma vez que o cumprimento dos acordos leva à extinção da punibilidade e nenhuma alteração ao estado de inocência do acusado.⁵⁵

Naturalmente, todo processo penal, por sua natureza, envolve o risco de condenação de pessoas inocentes. Mitiga-se esse risco com a adoção de garantias processuais que protegem o acusado do arbítrio estatal e que permitem a concretização da ampla defesa e do contraditório ao longo de todas as fases do processo.

Em um cenário de justiça negocial, contudo, tem-se uma análise menos profunda dos aspectos fático-probatórios, que, aliada à vulnerabilidade ínsita à condição de acusado, pode levar pessoas inocentes a preferir celebrar o acordo para não se sujeitarem ao desgaste de um processo criminal.⁵⁶

Esses tensionamentos com os princípios da presunção de inocência e da culpabilidade variam de acordo com cada espécie de acordo. Em relação aos acordos penais sobre os termos da sentença, ou seja, a fixação de uma pena acordada – realidade inexistente no Brasil –, tem-se a elevação desse risco, uma vez que haverá o efetivo cumprimento de uma pena privativa de liberdade, com a possibilidade de assunção de culpa pelo acusado.

Sobre o tema, De-Lorenzi aponta dois problemas. O primeiro reside no fato de que “o julgamento será baseado em menor suporte probatório do que aquele que poderia ser obtido em um processo tradicional”, o que permite concluir que “mais inocentes virão a ser condenados em comparação com um processo em que haja a fase de instrução completa.”⁵⁷ Ou seja, não haverá uma instrução probatória plena que possa produzir provas robustas aptas a aferir o grau de culpabilidade do acusado.

⁵⁵ Em uma análise comparativa dos institutos negociais brasileiros: “Os mecanismos atualmente previstos no Brasil (transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal) apresentam limitações relevantes: em nenhum deles permite-se a imposição de pena restritiva de liberdade e tampouco autorizam a configuração de uma condenação formal ao imputado. Ou seja, em caso de descumprimento não podem ser executados forçadamente nem caracterizam maus antecedentes ou os demais efeitos da sentença penal condenatória.” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. “Justiça Negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil” – propostas para limitação normativa aos acordos e à atuação judicial no controle de suficiência probatória para homologação. *In.*: Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 175. ano 29. p. 343-360. São Paulo: Ed. RT, janeiro/2021. p. 346-347.

⁵⁶ Nesse sentido: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Por que os inocentes celebram acordos com reconhecimento de culpa?. *In.*: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coords.). Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 93-123. p. 111-113.

⁵⁷ DE LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal. Pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 221.

Já o segundo problema agrava o primeiro: “a condenação na justiça penal negociada baseia-se primordialmente em uma declaração do réu que é incentivada por meio de uma redução das imputações ou da pena.”⁵⁸ Dessa forma, além de não haver a instrução probatória, o fundamento do cumprimento da pena acordada terá grande protagonismo na própria confissão do réu, ocasionando um déficit cognitivo ao processo.⁵⁹

É possível discutir, portanto, se os acordos penais não violam o *nulla pena siene culpa*, derivação dos princípios da presunção da inocência e da culpabilidade. Afinal, é possível haver a aferição da culpabilidade do acusado sem processo? Ainda, a sua confissão é suficiente para caracterizar a sua culpa? Sobre isso, compartilha-se da visão apresentada por De-Lorenzi de que “se somente quem é culpado pode ser punido e se a pena tem como limite máximo a culpabilidade, então é preciso verificar faticamente se o réu cometeu o crime e em quais circunstâncias e, para tanto, é necessário, ao longo do processo, investigar a verdade”.⁶⁰ Logo, o acordo sobre a sentença, sem instrução probatória, representa uma violação aos princípios da presunção de inocência, uma vez que haverá o cumprimento de uma pena a título de culpa sem um processo para desconstituir o estado de inocência. Além disso, o elevado risco de pessoas inocentes celebrarem acordo está intimamente ligado à ausência de controle judicial efetivo: quanto menor o controle, maior o risco. Da mesma forma, conforme aponta Vasconcellos, “a lógica inerente à justiça criminal negocial impõe pressões e coerções ao acusado para aceitar o acordo e aderir à acusação, saindo de sua posição de resistência, o que acarreta exponencial aumento de chance de condenação de inocentes.”⁶¹

No acordo de não persecução penal, que integra a realidade brasileira, embora não haja como objeto de negociação a pena privativa de liberdade consensual, verifica-se a existência de tensionamentos semelhantes aos associados ao acordo sobre os termos da sentença.

A principal diferença é que as consequências de celebração do ANPP são menos gravosas que as do acordo sobre os termos da sentença, uma vez que: (i) não há pactuação de

⁵⁸ DE LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal. Pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 221.

⁵⁹ Gabriel Hillen destaca que “esse déficit cognitivo dos acordos sobre sentença é o principal fundamento das críticas que lhe são endereçadas pela doutrina, feitas com olhos no risco de condenações injustas e na perspectiva de enfraquecimento da função preventiva da pena, que se relaciona diretamente com a função de proteção de bens jurídicos do direito penal. A prevenção depende da construção dialética de uma verdade no processo que afirme a ocorrência ou não de um fato normativamente qualificado como crime e, também, da compreensão social da correlação entre a norma penal, o fato criminoso e a pena, que pode ser turvada nos casos de acordos sobre sentenças.” HILLEN, Gabriel. *O controle judicial de validade do acordo de colaboração premiada*. 1ª ed. São Paulo. Marcial Pons. 2024. p. 111.

⁶⁰ HILLEN, Gabriel. *O controle judicial de validade do acordo de colaboração premiada*. 1ª ed. São Paulo. Marcial Pons. 2024, p. 223-224.

⁶¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.p. 26.

pena privativa de liberdade; *(ii)* não implica em condenação e, portanto, não afeta a primariedade do acusado/investigado; e *(iii)* a lei exige que somente será celebrado o ANPP se não for caso de arquivamento, devendo haver, ainda que de forma tímida, uma análise do conjunto fático-probatório para a homologação do acordo.

No entanto, a investigação preliminar não proporciona ao acusado a ampla defesa necessária para que possa contestar os fundamentos investigativos e acusatórios, justamente pela natureza inquisitorial da etapa, na qual o contraditório é mitigado. Além disso, como o ANPP é uma alternativa à denúncia, a narrativa produzida até então é toda da acusação, de forma que o acusado/investigado deve tomar uma decisão acerca do acordo de não persecução penal quase que exclusivamente com base na narrativa da acusação.

Ainda que tenha convicção de sua inocência, o acusado/investigado se vê diante de uma escolha com reduzido espaço de voluntariedade efetiva: celebrar o acordo e colocar fim ao processo, sem que haja espaço para que seja analisada a sua defesa e reconhecida a manutenção do seu estado de inocência, ou enfrentar um processo criminal.

Assim, a celebração de ANPP, sem que haja prévio e efetivo espaço de defesa do acusado, gera um cenário desestimulador à defesa da sua inocência, sendo o acordo uma alternativa mais pragmática. Ademais, a exigência da confissão para a celebração do acordo aproxima o ANPP da realidade vivida no acordo sobre a sentença, uma vez que a coloca em posição de protagonismo para o desfecho do caso, sem a existência de um processo. Portanto, há um risco efetivo de pessoas inocentes optarem por celebrar o acordo de não persecução penal, o que torna necessário criar mecanismos para minimizá-lo.

Nesse sentido, as propostas de aprimoramento do controle judicial que serão apresentadas neste trabalho levarão em conta a necessidade de reduzir as chances de pessoas inocentes celebrarem o acordo de não persecução penal. Para isso, necessário repensar: *(i)* o momento de oferecimento do ANPP, a fim de que seja possível a prévia e efetiva manifestação defensiva, de modo que a opção por celebrar ou não o acordo seja integralmente voluntária; *(ii)* o grau de análise da base fático-probatória do acordo; e *(iii)* a utilização da confissão como requisito para a celebração do instituto.

Pensando na minimização desse risco por meio da ampliação do controle judicial, o trabalho apresentará soluções interpretativas para o aperfeiçoamento do controle da voluntariedade e legalidade do acordo, por meio de um maior cotejo jurisdicional da base fático-probatória dos autos.

Também serão apresentadas propostas de aperfeiçoamento legislativo cujo cerne será a criação de um incidente processual para as tratativas e homologação do ANPP, que contemplará

a necessidade de um contraditório efetivo antes da negociação entre as partes e a análise jurisdicional dos fatos associados ao acordo, com o intuito de garantir que o consenso firmado seja essencialmente voluntário, legal e coerente com os fatos, contribuindo para maior qualidade no processo decisório de celebração do acordo entre todos os sujeitos processuais e reduzindo as chances de pessoas inocentes celebrarem ANPP.

1.5 Controle judicial da legalidade: conformidade das investigações e da persecução penal

Não se pode perder de vista, em um contexto de justiça penal negocial, que o oferecimento da proposta de acordo pela acusação é precedido de uma investigação preliminar, fase em que não há produção probatória em contraditório e podem ser adotadas medidas cautelares probatórias (*e.g.*, quebras de sigilo telefônico, telemático, bancário, fiscal e interceptação telefônica) que tramitam exclusivamente entre acusação, órgãos de investigação e Poder Judiciário.⁶²

Com a possibilidade de desfecho consensual, põe-se em evidência o espaço de controle judicial de legalidade das provas. Considerando que a expansão dos institutos negociais limita a atuação do Poder Judiciário no controle de legalidade das investigações, reduzem-se os questionamentos acerca da validade das provas produzidas e, por conseguinte, os espaços de resistência da defesa à tese acusatória.

Assim, embora a investigação preliminar seja necessária para a colheita de elementos para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público, é importante repensar o papel do Estado-Juiz para que não haja acusações infundadas, levando-se em consideração a mitigação do contraditório que ocorre nessa fase.⁶³

⁶² Como apontado por Nunes da Silveira, “o modelo de ação regida pelos princípios da oportunidade e da disponibilidade (em relação ao caso penal) só pode prosperar se a investigação preliminar for bem feita e fornecer ao acusador elementos de prova suficientes para tomar aquela decisão que parece ser a mais importante de toda a estrutura da persecução penal: acusar ou não.” NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal. cit., p. 137.

⁶³ Nereu Giacomolli apresenta as funções positiva e negativa da investigação preliminar: “A fase preliminar do processo penal possui duas funções essenciais e contrapostas. De um lado, destina-se ao fornecimento de elementos fáticos, mormente de autoria, materialidade e espécie delituosa, suficientes para que seja deduzida uma pretensão acusatória (base acusatória). Por outro lado, constitui-se em um filtro importante às acusações infundadas, temerárias e destituídas de qualquer elemento razoável de que foi determinado sujeito o autor da infração criminal, evitando denúncias temerárias, sem lastro suficiente. Igualmente, exclui uma notitia criminis infundada, evitando constrangimento ilegal. Essencialmente, sua função é de viabilizar e, ao mesmo tempo, de impedir o exercício da ação processual penal.” GIACOMOLLI, Nereu José. A fase preliminar do processo penal. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 65.

Assim, recomendável que o Poder Judiciário conduza o controle de validade do acervo probatório e atue de ofício quando houver violação de garantias fundamentais do acusado, oportunizando sua manifestação sobre a investigação preliminar antes da homologação do acordo.⁶⁴

Em síntese, é necessário que o controle judicial do acordo penal não afaste o prévio controle de legalidade da investigação ou da própria ação penal. A celebração dos institutos negociais não será válida se a investigação ou a persecução penal forem conduzidas em detrimento das garantias constitucionais ou dos ritos e atos processuais previstos em lei, gerando prejuízo ao acusado.

Com efeito, a necessidade de controle judicial da investigação e da persecução penal independe da celebração de qualquer instituto negocial. A Constituição de 1988 garante no seu art. 5º, LVI, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.⁶⁵ Também prescreve, no inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

No mesmo sentido, o art. 157 do Código de Processo Penal (CPP) considera “inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, rejeitando também as provas derivadas de prova ilícita originária, desde que haja nexos de causalidade entre elas e não seja possível obtê-las de fonte independente das primeiras (§§1º e 2º).

Resta claro que o ordenamento pátrio veda a admissão de prova ilícita na investigação ou na ação penal, impondo ao Estado-Juiz garantir que nenhuma prova ilícita seja utilizada na persecução penal em desfavor do acusado ou investigado.

Nesse contexto, a expansão da justiça penal negocial, que está associada à “administrativização da justiça criminal”, com protagonismo da fase administrativa do processo

⁶⁴ Sobre a necessidade do controle de legalidade, anterior à homologação do acordo, dos elementos probatórios produzidos em sede de investigação preliminar: “Portanto, mesmo em mecanismos negociais devem ser adotadas medidas para assegurar a não consideração e a exclusão de provas ilícitas (diretas ou por derivação). Nesse sentido, sobressai em importância a atuação da defesa técnica e o direito de acesso aos autos da investigação. Eventuais provas ilícitas devem ser assim declaradas de ofício pelo juízo ou por requerimento da defesa, de modo que não podem ser consideradas para a negociação e formalização de acordos penais.” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 85.

⁶⁵ Acerca da vedação à utilização de provas ilícitas contra o acusado na persecução penal, concorda-se com Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho que: “Não há como se admitir que o Estado – titular da ação penal – utilize, como regra de conduta, prova ilícita contra o réu no desempenho do direito de ação inerente à persecução penal. Não há espaço no texto constitucional para tal construção, pois, já foi dito acima, o Título II da Constituição – onde se encontra o dispositivo constitucional – tem justamente a finalidade de estabelecer limitações ao agir do Estado, não podendo o intérprete excepcionar. Se assim pudesse para quem se destinaria afinal, a proibição?” CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 131.

penal e menor incidência da atuação jurisdicional *stricto sensu*, =aumenta o risco de violação às garantias do acusado.⁶⁶

Para mitigar os efeitos dessa redução de espaço da atuação jurisdicional propriamente dita, é necessário um controle judicial de legalidade da persecução penal antes da formação do convencimento do magistrado sobre a homologação do acordo. Em institutos negociais que envolvem a realização de confissão, como o ANPP, fica ainda mais nítida a importância do controle judicial da investigação, para garantir a voluntariedade da escolha do acusado de não optar pelo seu direito de resistência e celebrar o acordo.

O controle judicial da investigação preliminar também se revela fundamental para a verificação da legalidade do ANPP, prevenindo o desvirtuamento do instituto (por exemplo, a utilização da confissão como prova) e visando alcançar a justa causa da ação penal, uma vez que “não há abreviação ou supressão da investigação, mas do processo”.⁶⁷

O controle judicial da legalidade do acervo probatório é fundamental ainda para se verificar se os elementos probatórios de autoria e materialidade indicados seguiram as formas prescritas em lei para sua obtenção. Caso tenha havido ilicitude, devem ser desentranhados dos autos e inutilizados, sendo necessário verificar se remanescem elementos probatórios válidos para a formação da convicção acusatória. Nesse sentido, a verificação da idoneidade dos elementos probatórios produzidos em sede de investigação preliminar é etapa essencial do controle judicial do ANPP, em relação à sua legalidade, sobretudo diante da necessidade da preservação da cadeia de custódia antes da análise do objeto do acordo.⁶⁸

Em se tratando de acordo penal, o controle judicial da validade probatória é necessário para atestar como os elementos probatórios produzidos influenciaram na formação da *opinio delicti* do Ministério Público. Caso tenha ilicitude no seu processo de formação, deve-se verificar se ainda permanece cabível a celebração do instituto negocial e se existem outros elementos independentes e idôneos restantes nos autos que justifiquem a celebração do acordo.

Da mesma forma, deve-se verificar como os elementos probatórios produzidos na investigação contribuíram para a decisão da defesa de celebrar o acordo e analisar se houve a

⁶⁶ Sobre o tema, Langer analisa o avanço da administrativização da justiça criminal em diferentes ordenamentos: LANGER, Maximo. Plea Bargaining, Conviction without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions. *In.*: Annual Review of Criminology, v. 4, n. 1, 2021.

⁶⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. P. 83.

⁶⁸ Nesse sentido: GUARAGNI, Fábio A. Impressões sobre a incidência do acordo de não persecução penal (ANPP) nos crimes econômicos. *In.*: MADEIRA, BADARÓ, SCHIETTI CRUZ (coord.). Código de Processo Penal. Vol. 1. São Paulo: RT, 2021. P. 488.

produção e utilização de prova ilícita contra o imputado que tenha influenciado significativamente sua decisão.

A utilização de prova ilícita contra o acusado afeta a sua voluntariedade em diferentes formas, seja em caso de ilegalidade cometida no ato de forçar a sua confissão (*e.g.*, pressão psicológica para celebrar o acordo), seja na própria imputação (*e.g.*, interceptação telefônica sem autorização judicial).⁶⁹

Para evitar a celebração de acordos penais firmados em contexto de ilicitude probatória, Thomas Weigend propõe a participação ativa da defesa nos procedimentos abreviados e a ampliação do controle judicial, de modo a analisar a validade das provas previamente e com a possibilidade de autorizar nova instrução probatória antes da concretização do acordo, alertando também para revisão cuidadosa, pela acusação, da legalidade do acervo probatório produzido antes de apresentar o acordo.⁷⁰

Portanto, a ampliação do controle judicial da validade das provas visa garantir que as decisões proferidas na justiça negocial sejam baseadas apenas em provas admissíveis, preservando a integridade do sistema de justiça e os direitos fundamentais do acusado/investigado.

1.6 Controle judicial do suporte fático-probatório vinculado ao ANPP: verificação de justa causa, limite à discricionariedade do Ministério Público na justiça penal negocial e vedação ao excesso acusatório

O controle judicial da base fático-probatória do acordo de não persecução penal encontra respaldo direto na sistemática delineada pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, cuja redação impõe ao magistrado um papel ativo na salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais do investigado ou acusado no momento da formalização do acordo com o Ministério Público. Para que esse controle seja efetivo, revela-se indispensável o exame, ainda que mínimo, da base fática e probatória formada no curso da investigação preliminar, já que essa análise constitui pressuposto lógico e funcional das atribuições judiciais nesse contexto.

⁶⁹ Thomas Weigend apresenta ilicitudes probatórias que podem ocorrer nos procedimentos abreviados e como variados regimes jurídicos tratam a exclusão da prova ilícita e a sua relação com a celebração do acordo penal, gerando a falta de voluntariedade do acordo e a sua própria invalidação. WEIGEND, Thomas. Exclusion without trial? Exclusion of evidence and abbreviated procedures. *In.*: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 7, n. 1. 2021.

⁷⁰ WEIGEND, Thomas. Exclusion without trial? Exclusion of evidence and abbreviated procedures. *In.*: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 7, n. 1. 2021. p. 267.

O ponto de partida para a celebração válida do ANPP, conforme estabelece o caput do art. 28-A, é a constatação de que a hipótese em análise não se enquadra entre aquelas que justificariam o arquivamento do feito. Trata-se de comando normativo que impõe, tanto ao Ministério Público quanto, sob o prisma do controle, ao Poder Judiciário, a verificação da existência de justa causa para eventual persecução penal. Isso porque, se o acordo visa justamente evitar o ajuizamento da ação penal, sua propositura pressupõe a possibilidade concreta de oferecimento de denúncia. Em outras palavras, somente se admite o ANPP em cenários nos quais o órgão acusador detém elementos suficientes para dar seguimento à persecução penal, em contraposição à hipótese de arquivamento.

Essa lógica impõe, por conseguinte, a análise da plausibilidade e da coerência dos fatos narrados⁷¹, a partir da verificação da existência de um lastro probatório minimamente consistente, compatível com a confissão exigida pelo caput do art. 28-A do CPP, tanto em seus aspectos formais quanto materiais. Trata-se, pois, do suporte probatório mínimo que legitima a atuação do Ministério Público na persecução penal e que, nos termos dos arts. 396 e 399 do CPP, permitiria o recebimento da denúncia pelo magistrado competente.

Ainda que o exame da justa causa esteja formalmente previsto no Código de Processo Penal apenas para o momento de recebimento da denúncia – ocasião em que os critérios exigidos são mais rigorosos –, há um evidente nexos entre essa análise e o juízo que deve ser realizado quando da apreciação do ANPP. Isso porque o requisito de não se tratar de hipótese de arquivamento traduz, de modo implícito, a exigência de indícios mínimos que sustentem a viabilidade da persecução penal.

Dessa forma, mesmo que não se esteja diante de uma análise de justa causa nos moldes exigidos para o recebimento da denúncia, o controle judicial da base fático-probatória no âmbito do ANPP guarda inequívoca correlação com esse instituto. Compete ao magistrado, nesse contexto, verificar se a investigação preliminar conduzida pelo Ministério Público apresenta um arcabouço probatório minimamente robusto que justifique a formalização do acordo, em consonância com as garantias processuais do imputado.

Ademais, a amplitude dos espaços de consenso naturalmente confere certa margem de discricionariedade à acusação, na medida em que a primeira análise de cabimento de instituto negocial é sempre sua e é a ela que compete oferecer, ou não, uma proposta de acordo. No Brasil, a lei estipula as hipóteses nas quais os institutos negociais penais poderão ser utilizados, bem como os parâmetros e condições para o acordo. Desse modo, o Ministério

⁷¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 187.

Público tem a sua atuação vinculada às previsões legais e limitada pelo controle judicial⁷², o que garante segurança jurídica e previsibilidade à atuação do órgão.⁷³

No entanto, o atual arquétipo normativo confere certo espaço de discricionariedade para a acusação no que concerne aos institutos penais negociais, tanto na interpretação de seu cabimento quanto na estipulação das condições das cláusulas negociais. Por exemplo, no caso da transação penal e do acordo de não persecução penal, há o requisito de não ser o caso de arquivamento (arts. 76 da Lei nº 9.099/1995 e 28-A do CPP, respectivamente) e a possibilidade de o Ministério Público estipular outra condição do acordo não prevista em lei, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (art. 28-A, V), questões essas naturalmente sujeitas à interpretação da acusação.

A existência de uma discricionariedade do Ministério Público – ainda que autorizada por comando normativo – gera a possibilidade de ocorrer excesso acusatório.⁷⁴ Na análise do cabimento do instituto penal negocial, é a *opinio delicti* ministerial responsável pelo oferecimento ou não da proposta de acordo, e a interpretação dada sobre a imputação altera a pena que pode ser cominada, podendo levar ao não cabimento do acordo ou até mesmo ao oferecimento de uma proposta quando o caso seria de arquivamento.⁷⁵

O excesso acusatório, também conhecido como *overcharging*, pode se dar nas modalidades horizontal ou vertical: a primeira consiste na multiplicação de imputações, ao passo que a segunda se refere à acusação por crime mais grave. Na justiça negocial, o excesso acusatório pode ser instrumentalizado como barganha, uma vez que “o acusador muitas vezes não dispõe de prova suficiente para acusar pelas acusações ‘a mais’ ou ao menos não tem interesse em assegurar a condenação por elas, mas as usa como moedas de troca”.⁷⁶

⁷² Vinicius Vasconcellos alerta sobre a discricionariedade acusatória abusiva no cenário de justiça penal negocial: “Ressalta-se também a importância de determinar pautas para controlar a vontade do órgão acusador a fim de aceitar/propor ou não o acordo de colaboração ao acusado. Isso se dá em razão da cristalina abusividade de uma eventual discricionariedade plena ao membro do Ministério Público, já que, em um Estado Democrático de Direito, a decisão de um representante estatal, ainda mais quando envolvidas questões penais, deve necessariamente ser vinculada à legalidade.” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no Processo Penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 140.

⁷³ GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. cit., p. 62.

⁷⁴ Vinicius Vasconcellos alerta que: “Embora configure espaço de não obrigatoriedade da ação penal, a decisão do representante da acusação não pode ocorrer de modo totalmente discricionário e incontrolável, mas pautada por critérios previstos na legislação, em respeito à legalidade, e submetidos ao controle interno ministerial.” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.p.59.

⁷⁵ Sobre os poderes acusatórios na definição das imputações e as suas consequências na justiça penal negocial: LANGER, Maximo. Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure. In.: American Journal of Criminal Law, Austin, v. 33, p. 223-299, 2006.

⁷⁶ CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. O risco de overcharging na prática negocial do processo penal brasileiro. In.: Boletim IBCCRIM. Ano 29. Nº 344. Julho de 2021. São Paulo. P. 29-31. No mesmo sentido: ALSCHULER,

Compreende-se que os riscos de excesso acusatório e desvirtuamento da aplicação dos institutos negociais como barganha, a partir da discricionariedade conferida ao Ministério Público, podem ser mitigados por um controle judicial efetivo, que passa necessariamente por um controle da base fática do acordo, antes de se analisarem os termos da avença, seus aspectos formais e de voluntariedade.⁷⁷

Com efeito, “apenas uma prática efetiva de controle de admissibilidade de acusação nos procedimentos pode garantir ao imputado que acusações excessivas infundadas não gerarão processos ou condenações por crimes mais graves ou por mais crimes que os efetivamente cabíveis para um fato tido como criminoso”.⁷⁸ Além de o controle judicial de admissibilidade da acusação colaborar para a não ocorrência de excesso acusatório na tramitação de ação penal, também pode impedi-lo nas hipóteses negociais, ao evitar a celebração de um acordo incabível ou garantir sua concretização diante de recusa ministerial abusiva.⁷⁹

O controle judicial como limitador à discricionariedade acusatória também contribui para evitar alterações fáticas (*fact-bargaining*) e de imputação delitiva (*charge-bargaining*), fortalecendo a segurança jurídica dos acordos e possibilitando que sejam coerentes com a realidade fático-probatória dos autos.⁸⁰

A discricionariedade da acusação, por ser pautada e restringida pela legalidade, também deve ser limitada nos casos em que há recusa indevida no oferecimento do acordo de não persecução penal, de modo a impedir que a atuação discricionária do Ministério Público resulte em posições diferentes para casos idênticos, oferecendo a proposta de acordo em um caso e

Albert. The prosecutor's role in plea bargaining. *In.*: University of Chicago Law Review, Chicago, v. 36, p. 85-86, 1968.

⁷⁷ Nesse sentido: CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. O risco de overcharging na prática negocial do processo penal brasileiro. *In.*: Boletim IBCCRIM. Ano 29. Nº 344. Julho de 2021. São Paulo.p. 30. BROWN, Darryl K. Reforming the Judge's Role in Plea Bargaining. *In.*: DEMPSEY, Michelle Madden; DUFF, R. A.; HOSKINS, Zach; JAIN, Neha (eds.). The Future of Criminal Law: Working Papers from the Robina Institute of Criminal Law and Criminal Justice. Minneapolis: Robina Institute, 2014. p. 77.

⁷⁸ CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. O risco de overcharging na prática negocial do processo penal brasileiro. *In.*: Boletim IBCCRIM. Ano 29. Nº 344. Julho de 2021. São Paulo.p. 30.

⁷⁹ Em uma análise comparativa com a realidade americana, Pedro Camargo sustenta “que o risco de uma prática extensiva de overcharging pelos acusadores brasileiros é reduzido se comparado ao cenário norte-americano, ao menos para os dois institutos analisados. No entanto, a debilidade do controle judicial pode aumentar exponencialmente esse risco, de maneira que uma reelaboração rigorosa do controle de admissibilidade da acusação na prática servirá para evitar o overcharging”. CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. O risco de overcharging na prática negocial do processo penal brasileiro. *In.*: Boletim IBCCRIM. Ano 29. Nº 344. Julho de 2021. p. 31.

⁸⁰ MATOS, Francisco T.; NUNES, Mariana M.; VASCONCELLOS, Vinicius G. O juízo de prelibação na fase homologatória dos acordos de colaboração premiada: controle a partir das balizas fixadas no art. 3º-B, § 4º, da lei nº 12.850/2013. *In.*: Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 23, n. 2, p. 492, mai./ago. 2022. <https://doi.org/10.12957/redp.2022.64617>. VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e Justiça Criminal Negocial. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 92-97. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no Processo Penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 175.

negando em outro.⁸¹ Afinal, considerar que o titular da ação penal tem ampla liberalidade para oferecer ou não ou acordo pode resultar em violação ao princípio da igualdade e à própria indisponibilidade da ação penal.⁸²

Há debate sobre a existência de direito subjetivo do acusado ao acordo quando do preenchimento dos requisitos legais.⁸³ Não obstante, a atual jurisprudência dos Tribunais Superiores é no sentido de que o oferecimento do ANPP é de atribuição exclusiva do Ministério Público, não sendo direito subjetivo do acusado.⁸⁴

Diante desse cenário, a necessidade de uma fundamentação expressa por parte do Ministério Público⁸⁵ e a possibilidade de manifestação defensiva que busque o controle desse ato são mecanismos de limitação à discricionariedade acusatória, nos casos de recusa ao oferecimento do acordo. Relativamente ao ANPP, o §14 do art. 28-A estabelece que, em caso de recusa do MP em propor o acordo, o acusado, por analogia do art. 28, pode requerer a

⁸¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.p.59.

⁸² GONTIJO, Maria Letícia N. *O acordo de não persecução penal como instrumento da justiça negocial penal – análise dos mecanismos de controle à vontade do Ministério Público*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP), Brasília. p.82.

⁸³ “Se os institutos negociais possuem os seus requisitos previstos em lei, deve a atuação do órgão acusador estar vinculada e eles, caracterizando um direito subjetivo caso haja o preenchimento dos requisitos legais”. Nesse sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. “Justiça Negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil” – propostas para limitação normativa aos acordos e à atuação judicial no controle de suficiência probatória para homologação. *In.*: Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 175. ano 29. p. 343-360. São Paulo: Ed. RT, janeiro/2021. p. 351.

⁸⁴ “(...)5. O acusado/investigado não tem o direito subjetivo ao ANPP, mas sim o direito subjetivo ao eventual oferecimento ou a devida motivação e fundamentação quanto à negativa. A recusa ao Acordo de Não Persecução Penal deve ser motivada concretamente, com a indicação tangível dos requisitos objetivos e subjetivos ausentes (ônus argumentativo do legitimado ativo da ação penal), especialmente as circunstâncias que tornam insuficientes à reprovação e prevenção do crime.” STF, HC 185.913/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/09/2024. No mesmo sentido, outras decisões do STF: AgRg no HC 240.468/RS, Rel. Min. André Mendonça, julgado em 07/10/2024; Edcl no HC 234.145/MG, Rel. Min. Cristiano Zanin, julgado em 26/02/2024; HC 195.327-AgRg/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 08/04/2021; HC 191.124/RO – AgRg/RO, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 04/04/2021. A jurisprudência do STJ também caminha de não reconhecer o ANPP como sendo direito subjetivo do acusado ou investigado: AgRg no RHC nº 193.349/MG, Sexta Turma Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 09/09/2024; AgRg no Aresp nº 2607962/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 16/04/2024; AgRg no Resp nº 2085519/SP, Sexta Turma, rel. Min. Rogério Schietti, julgado em 09/10/2023.

⁸⁵ Como apontado por Vinicius Vasconcellos, “sem dúvidas, o representante do MP, como agente público submetido à Lei e à objetividade, deve embasar a sua decisão a partir de fundamentos, objetivos, orientados pelas normas existentes no ordenamento, em nível legal e mesmo em normativas internas.” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.p. 38. No mesmo sentido: CABRAL, Rodrigo L. F. *Manual do acordo de não persecução penal*. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2021. P. 191; BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Dialética, 2020. p. 72; ROSA, Alexandre Morais da; ROSA, Luísa W.; BERMUDEZ, André L. *Como negociar o acordo de não persecução penal: limites e possibilidades*. Florianópolis: EModara, 2021. P. 42; ARAS, Vladimir. *Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado*. In: CUNHA, BARROS, SOUZA, CABRAL (coord). *Acordos de não persecução penal e cível*. Salvador: JusPodivm, 2021. P. 76; MAIS, Carlo V. *O acordo de não persecução penal como ferramenta político – criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo*. *In.*: Revista da Defensoria Pública, n. 26, p. 264-293, 2020. P. 279; DEZEM, Guilherme M.; SOUZA, Luciano A. *Comentários ao Pacote Anticrime*. São Paulo: RT, 2020. P. 107.

remessa dos autos a órgão superior do Ministério Público, o que possibilita uma revisão do órgão quanto ao tema.

Por atenção ao sistema acusatório e por ausência de previsão normativa, não pode o órgão jurisdicional determinar que o acordo seja realizado.⁸⁶ No entanto, a lei confere espaço de controle judicial sobre a recusa de oferecimento do ANPP por parte da acusação, limitado à remessa dos autos a órgão superior do Ministério Público, como explicado anteriormente. Sustenta-se, inclusive, que essa determinação pode ser feita mesmo que não haja pedido da defesa, caso o magistrado entenda ser cabível o acordo e tenha havido recusa ministerial indevida.⁸⁷ Nesse sentido,

[...] recusas imotivadas à propositura do acordo de não persecução penal devem ser objeto de análise detida do juiz no controle judicial, uma vez que a injustificada recusa de proposta negocial, ao nosso ver, caracterizará a falta de interesse de agir do órgão da acusação no uso do processo conflituoso, uma vez que a solução para o conflito poderia ser buscada pela via acordada. O mesmo raciocínio se aplica à negativa de proposta de acordo alicerçada em orientações, resoluções ou enunciados emanados por órgãos superiores do Ministério Público. Tais condutas, a pretexto de guiar os membros da instituição, acabam por criar obstáculos ilegais à negociação do acordo.⁸⁸

Dessa forma, considerando que o controle judicial à recusa do oferecimento do ANPP limita-se à remessa dos autos a órgão superior do Ministério Público, o acusado tem direito a uma fundamentação expressa e específica dos motivos pelos quais houve a recusa. Porém, ainda que o magistrado concorde com os argumentos defensivos, a decisão final do órgão de revisão do Ministério Público vincula a atuação do juiz, não sendo, por esse entendimento, o acordo um direito subjetivo do acusado.⁸⁹

A ausência de um controle judicial do suporte fático-probatório vinculado ao ANPP demonstra a relevância da proposta desta tese, que é a criação de um incidente processual para as discussões vinculadas ao acordo de não persecução penal.

⁸⁶ Em sentido contrário: RESENDE, Augusto César Leite de. *Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões Necessárias.*, cit., p. 1572

⁸⁷ Nesse sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.p.171. SILVA, Franklin R.A. Os acordos de não persecução penal e o comportamento da defensoria pública na assistência jurídica. *Revista da Defensoria Pública*, n. 26, p. 367-422, 2020. P. 389; GONTIJO, Maria Letícia N. *O acordo de não persecução penal como instrumento da justiça negocial penal – análise dos mecanismos de controle à vontade do Ministério Público*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP), Brasília. p.147.

⁸⁸ FONSECA, Caio Domingues Nogueira da Fonseca. *O controle judicial do acordo de não persecução penal*. 1ª Edição. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2024, p. 343.

⁸⁹ GONTIJO, Maria Letícia N. *O acordo de não persecução penal como instrumento da justiça negocial penal – análise dos mecanismos de controle à vontade do Ministério Público*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP), Brasília. p. 86. No mesmo sentido: LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. cit., p. 171.

Além de garantir que o consenso firmado entre *Parquet* e acusado/investigado seja válido, na forma do exigido pelo art. 28-A do CPP, o incidente proposto possibilitará com que a proposta de ANPP formalizada, e direcionada ao Poder Judiciário para homologação, seja coerente com os fatos, contribuindo inclusive para a verificação pelo juízo competente da existência dessa justa causa que deve suportar o acordo.

1.7 Conclusões do capítulo: a necessidade de controle judicial substancial da voluntariedade, da legalidade e da base fático-probatória no ANPP como instrumento de mitigação dos riscos decorrentes da expansão da justiça penal negocial

Diante do exposto, constata-se riscos na expansão da justiça penal negocial, os quais também estão presentes nos casos de acordo de não persecução penal. Como premissa das propostas que serão apresentadas nos capítulos subsequentes – tanto de caráter interpretativo das normas vigentes quanto de inovação legislativa –, é necessário que o controle judicial do ANPP tenha como objeto: (i) identificar a voluntariedade efetiva do acusado/investigado quando da formalização do consenso com a acusação; (ii) avaliar a legalidade do acordo, como os aspectos de cabimento, de validade das cláusulas e da regularidade da investigação que o antecedeu; e (iii) analisar a base fático-probatória que sustenta o acordo ofertado pelo Ministério Público, necessária para a verificação da existência de justa causa de eventual ação penal.

Essas três frentes de controle judicial do ANPP podem contribuir para a mitigação dos riscos possíveis da expansão da justiça penal negocial, sendo todas relacionadas entre si.

Afinal, o risco de pessoas inocentes celebrarem acordos se dá em função de uma aparente voluntariedade, na medida em que o acusado, ao decidir se aceita ou não a proposta negocial, não tem a oportunidade de apresentar uma defesa do seu estado de inocência contra as imputações lançadas pela acusação e pode, assim, acabar aceitando o acordo para evitar a abertura de uma ação penal. Nesse ponto, a própria confissão, por ser exigida e não voluntária, desnatura o caráter espontâneo do reconhecimento circunstanciado dos fatos.

Além disso, a ausência ou o pouco limitado controle judicial da base fático-probatória dos autos também ampliam o risco de pessoas inocentes firmarem ANPP, na medida em que não há contraditório mínimo de aferição das imputações e das provas, além de o juiz se limitar ao controle formal dos termos acordados.

A própria legalidade do acordo também pode ficar comprometida quando não há um controle de validade da investigação que a antecedeu, na medida em que provas ilícitas ou nulas

não podem embasar um ANPP. A ilegalidade da avença também pode ser causada por discricionariedade acusatória abusiva, a partir de excesso de imputação, distorção dos fatos ou imposição de condições manifestamente ilegais, o que demanda controle judicial.

Firme nessas premissas, elucidar-se-á, nos próximos capítulos, como o controle judicial da voluntariedade, da legalidade e da base fático-probatória do ANPP pode ser estruturado e implementado, visando à mitigação desses riscos no que concerne aos acusados/investigados.

2. O CONTROLE JUDICIAL DA VOLUNTARIEDADE NO ANPP

O art. §4º do art. 28-A do CPP prevê a necessidade, na audiência homologatória, de se realizar o controle judicial da voluntariedade do ANPP. Segundo o dispositivo, “[p]ara a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.”

No entanto, a legislação não traz critérios de aferição da voluntariedade⁹⁰, limitando-se a afirmar que o controle será realizado por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor. Tem-se, assim, o seguinte questionamento: como e com base em quais critérios se deve verificar a voluntariedade na celebração do ANPP?

Compartilha-se da visão de que a voluntariedade não se limita à declaração do agente, sendo necessário analisar o contexto em que ela foi proferida e verificar se não houve qualquer indução ou pressão, ainda que indireta, para essa manifestação de vontade, que deve ser livre e desembaraçada.⁹¹

Partindo de uma interpretação sistemática com as previsões legais de outros institutos negociais e a partir de pesquisa bibliográfica sobre o controle judicial de voluntariedade na justiça penal consensual, o capítulo apresentará os seguintes requisitos/critérios de aferição: (i) o direito de acesso aos autos; (ii) o conhecimento das imputações pelo investigado/acusado e das consequências em se celebrar o acordo; (iii) a presença de defesa técnica substancial; e (iv) a necessidade de um controle judicial substantivo da voluntariedade.

Diante do cenário de excepcionalidade da prisão cautelar, analisar-se-á, também, a realização do controle judicial de voluntariedade do acusado que celebrou o acordo em contexto de prisão provisória. Ao final do capítulo serão apresentadas propostas de aperfeiçoamento do controle judicial a partir de atividade interpretativa da legislação vigente e outras de cunho *lege ferenda*.

⁹⁰ Também apontando a vagueza do conceito legal de voluntariedade: “Embora a legislação determine o controle judicial, os termos utilizados como critérios (legalidade e voluntariedade) dependem de maior delimitação e, além disso, sua concretização prática pressupõe a interpretação e realização pelos atores judiciais.” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. PAZ, Camylla Moreira da. O controle judicial para homologação do acordo de não persecução penal: pesquisa empírica nas varas criminais de Goiânia/GO. *Revista De Estudos Empíricos Em Direito*, 11.p. 03. <https://doi.org/10.19092/reed.v11.885>

⁹¹ COSTA, Leonardo Dantas. *Delação premiada. A atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça*. Curitiba: Juruá, 2017. P. 156.

2.1 O direito de acesso aos autos como condição da voluntariedade

No processo penal, os recursos e a organização de todo o aparato persecutório proporcionam uma assimetria de forças inerente entre acusação e defesa. Nesse sentido, a investigação preliminar é realizada com contraditório diferido; podem ser produzidos elementos de informação sem o conhecimento do investigado por meio das medidas cautelares probatórias; existe a possibilidade de oitiva de testemunhas ou coinvestigados sem divulgação imediata; e o investigado pode ser alvo de medidas cautelares sem que antes tenha tido acesso aos autos.

Evidentemente, a existência de diligências sem a participação ou o conhecimento do investigado se justifica em função da necessidade de se garantir o andamento e a efetividade da investigação. No entanto, não significa que os atos não devam ser integralmente documentados e disponibilizados posteriormente.

O acesso aos autos constitui um importante direito do acusado derivado das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.⁹² Também pode-se compreender como o primeiro passo para reduzir a assimetria informacional entre as partes, uma vez que é a partir da concretização desse direito que a defesa terá condições de formular a sua estratégia de atuação. Desse modo, a Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal assegura que “[é] direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Logo, é direito da defesa, no âmbito do inquérito policial ou procedimento investigatório criminal, ter acesso aos autos da investigação e dos elementos de prova já documentados.

Pensa-se que o direito de acesso aos autos constitui o primeiro requisito para a aferição da voluntariedade do acusado/investigado em celebrar qualquer instituto negocial. É necessário que as partes observem a boa-fé durante as tratativas, que a acusação disponibilize para a defesa a íntegra dos autos e que oportunize a sua manifestação.

Concorda-se com André Mirza no sentido de que, no processo penal – seja ele da lógica tradicional de confronto de partes, seja negocial –, a boa-fé objetiva e a transparência das partes vedam comportamentos ardilosos que não coadunam com um processo justo⁹³, de maneira que

⁹² SAAD, Marta. Exercício do Direito de Defesa no Inquérito Policial. Boletim IBCCRIM, Ano 14, nº 166, setembro, 2006.

⁹³ MADURO, André Mirza. Acesso aos autos na colaboração premiada. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021.p. 140.

o direito de acesso aos autos contribui para a garantia desses princípios, na medida em que "a concreta paridade de armas é algo absolutamente utópico".⁹⁴

O acesso aos autos deve ser acompanhado da possibilidade de a defesa ser exercida em sua plenitude na investigação, antes do início das tratativas e durante elas. Isso porque o princípio do contraditório, em sua conotação material, se consubstancia na medida em que exerce capacidade de influência sobre a tomada de decisão do agente estatal. Torna-se inócua a disponibilização dos autos se a defesa, em sua manifestação, não terá os seus argumentos analisados pelos órgãos de investigação, Ministério Público e juiz.

Nesse sentido, em um cenário de justiça penal negocial, se não existirem diligências sigilosas em andamento, o acesso aos autos é garantia crucial para que a defesa possa esclarecer os fatos investigados; provocar um controle de legalidade do elemento de prova produzido e ter uma atuação proativa no sentido de realizar uma investigação defensiva.

Desse modo, a formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público deve ocorrer após a possibilidade de a defesa ter participado da investigação. Assim, o órgão acusatório terá reais condições de avaliar se o caso é de arquivamento, se é cabível o acordo de não persecução penal ou se deve ser oferecida a denúncia. E isso apenas será possível se houver o pleno acesso aos autos.

A existência de diligências sigilosas em curso impede o acesso integral dos autos à defesa e ao mesmo tempo também revela que as investigações não se encerraram, de modo a apontar que o Ministério Público não teria condições de formar o seu convencimento sobre o caso. Assim, não há obstáculo para que o acesso integral dos autos seja concedido após o encerramento e cumprimento das diligências sigilosas, uma vez que ele constitui um chamado para que a defesa atue nos autos investigatórios e contribua para a formação da *opinio delicti* ministerial.

O direito de acesso aos autos está diretamente ligado à voluntariedade. Embora esta não se confunda com a espontaneidade, uma vez que o fato de o acusado/investigado ter recebido uma proposta de acordo não desnatura o seu aspecto volitivo para aceitar ou não, é necessário o preenchimento de requisitos para que o aceite da proposta não seja fruto de coação.⁹⁵

Outro ponto é a necessidade de que a defesa tenha prazo hábil para analisar o conteúdo dos autos, assim como os termos do acordo, a fim de participar das tratativas em condições

⁹⁴ MADURO, André Mirza. Acesso aos autos na colaboração premiada. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.p. 143.

⁹⁵ "Por fim, destaca-se que a voluntariedade é distinta da espontaneidade. Não se requer a ideia de firmar o acordo surja do próprio investigado, sem qualquer sugestão de terceiros. Não há impedimento para que a proposta seja oferecida pelo órgão acusatório. Ou seja, não há requisito de espontaneidade ao ANPP." VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. P. 107.

paritárias com a acusação e evitar que o curto tempo seja utilizado como fator de pressão para que ofereça uma resposta rápida e reduza o espaço de negociação da defesa.

Dessa maneira, a concessão de pleno acesso aos autos possibilita que a defesa possa questionar os termos do acordo oferecido, o seu cabimento, visando pactuar em melhores condições ou pleitear o arquivamento do caso. A coação fica descaracterizada na medida em que a acusação age de boa-fé, demonstrando não esconder nenhum elemento ou documento do acusado e disponibiliza o acesso aos autos na íntegra para que ele possa atuar e negociar em condições de igualdade de conhecimento do procedimento investigatório.

A análise comparada com o sistema norte-americano, berço do *plea bargaining*, revela que a questão do acesso à prova – denominada *discovery* – é um pilar fundamental e, ao mesmo tempo, um dos pontos mais contenciosos para a garantia de um acordo justo. Trata-se da chamada política de "arquivos abertos", na qual a acusação deve fornecer acesso total e irrestrito a todas as provas do inquérito à defesa, sem triagem prévia do que é relevante, garantindo paridade de armas nas negociações.

O direito à *discovery* é compreendido como um pressuposto do devido processo legal (*due process of law*), essencial para que a declaração de culpa (*guilty plea*) seja considerada consciente, inteligente e voluntária. A Suprema Corte dos Estados Unidos, no célebre caso *Brady v. Maryland*⁹⁶, estabeleceu o dever constitucional da acusação de fornecer à defesa todas as provas que lhe sejam favoráveis, o que inclui tanto as provas diretamente exculpatórias quanto aquelas que possam ser utilizadas para impugnar a credibilidade das testemunhas de acusação (*impeachment evidence*).⁹⁷

Contudo, a aplicação prática da regra de *Brady* expõe um paradoxo fundamental: a decisão sobre o que constitui prova "material" e "favorável" recai sobre o próprio promotor, o adversário direto da defesa no processo penal.⁹⁸ Essa estrutura gera um conflito de interesses inerente, pois o acusador, cuja função institucional é obter a condenação, é encarregado de identificar e entregar os elementos que podem enfraquecer ou destruir seu próprio caso. A consequência, amplamente documentada, é que a obrigação de *Brady* é frequentemente interpretada de forma restritiva ou, em casos mais graves, simplesmente ignorada, uma falha

⁹⁶ Precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos que, em síntese, obriga a acusação a revelar à defesa provas exculpatórias (favoráveis ao réu) que estejam em sua posse, sob pena de violação do devido processo legal.

⁹⁷ BIBAS, Stephanos. Judicial Fact-Finding and Sentence Enhancements in a World of Guilty Pleas. *In.*: The Yale Law Journal, vol 110, April 12, 2001, pp. 1097-1185. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/934/, pp. 1144-1145.

⁹⁸ BIBAS, Stephanos. Judicial Fact-Finding and Sentence Enhancements in a World of Guilty Pleas. *In.*: The Yale Law Journal, vol 110, April 12, 2001, pp. 1097-1185. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/934/.

sistêmica de difícil detecção e reparação, especialmente no contexto de um acordo em que a fase de instrução processual é suprimida.⁹⁹

Este dilema demonstra que um direito, mesmo que constitucionalmente garantido, torna-se frágil quando seu cumprimento depende da discricionariedade da parte contra a qual ele se destina a proteger. A experiência norte-americana sugere, portanto, que a voluntariedade não pode ser assegurada por um direito policiado pelo próprio agente que ele visa a controlar, demandando regras de divulgação mais automáticas e menos discricionárias, como as políticas de "processo de portas abertas" (*open-file discovery*) adotadas por algumas jurisdições, para criar um campo de negociação verdadeiramente equitativo.

Ainda quanto ao sistema norte-americano, onde mais de 95% das condenações derivam de acordos, segundo Stephanos Bibas, a retenção de informações probatórias pela acusação transforma-se em uma poderosa ferramenta de barganha, intensificando as pressões coercitivas sobre o réu. A negociação ocorre "na sombra do julgamento" (*in the shadow of trial*), mas, crucialmente, também na sombra da ignorância probatória. A dinâmica é agravada pela chamada "pena do julgamento" (*trial penalty*)¹⁰⁰, que consiste na disparidade massiva entre a sentença branda oferecida em um acordo e a sanção drasticamente mais severa que o réu enfrenta se for a julgamento e for condenado.¹⁰¹ Quando essa penalidade é combinada com a incerteza sobre a força das provas da acusação, a recusa de uma oferta de acordo se torna uma aposta de altíssimo risco, mesmo para um réu inocente.

A opacidade estrutural do processo de negociação – que ocorre de forma privada, fora dos autos e, muitas vezes, sem a presença do próprio réu – agrava essa desvantagem informacional. Nesse contexto, o *timing* da *discovery* torna-se uma arma estratégica mais potente que o próprio desconto de pena. Promotores frequentemente apresentam "ofertas explosivas" (*exploding offers*)¹⁰², que expiram em um prazo exíguo e em um estágio inicial do processo, muito antes que as regras processuais exijam a divulgação completa do acervo probatório.

⁹⁹ BIBAS, Stephanos. Judicial Fact-Finding and Sentence Enhancements in a World of Guilty Pleas. *In.*: The Yale Law Journal, vol 110, April 12, 2001, pp. 1097-1185. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/934/.

¹⁰⁰ Refere-se, em síntese, à "penalidade pelo julgamento", qual seja, a diferença desproporcional entre a pena oferecida no acordo e a pena muito mais severa que seria aplicada caso o réu optasse por ir a julgamento e fosse condenado, o que funciona como uma espécie de coação sistêmica.

¹⁰¹ BIBAS, Stephanos. Judicial Fact-Finding and Sentence Enhancements in a World of Guilty Pleas. *In.*: The Yale Law Journal, vol 110, April 12, 2001, pp. 1097-1185. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/934/.

¹⁰² São "ofertas explosivas" ou com prazo exíguo, feitas para pressionar o réu a aceitar o acordo rapidamente antes de ter acesso completo às provas ou tempo para avaliar sua defesa.

O réu é, assim, forçado a tomar uma decisão crucial – aceitar um resultado certo, ainda que potencialmente injusto, ou arriscar uma penalidade catastrófica com base em um conjunto de provas que não lhe foi permitido examinar. Essa incerteza fabricada constitui uma forma de coação sistêmica que mina os pilares de um acordo "consciente" e "voluntário", independentemente da culpa factual do acusado. A negociação deixa de ser uma análise racional de custos e benefícios para se tornar uma aposta no escuro, onde o sistema alavanca a ignorância para alcançar a eficiência.

A experiência norte-americana serve como um contundente alerta: sem um direito robusto e judicialmente fiscalizado de acesso prévio e integral aos autos da investigação, a justiça negociada corre o risco de se converter em um mecanismo de coerção, em vez de um instrumento de eficiência e justiça. A legitimidade de qualquer sistema de consenso penal, seja o *plea bargain* ou o ANPP brasileiro, depende da capacidade do acusado de tomar uma decisão informada. O controle judicial da voluntariedade, previsto no art. 28-A, §4º, do CPP, não pode se limitar a um ritual formalístico, um mero "ato de chancelaria" que simplesmente ratifica o pactuado entre as partes. Pesquisas demonstram que as audiências de homologação (*plea colloquies*) são frequentemente superficiais e burocráticas, falhando em realizar uma investigação genuína sobre as circunstâncias do acordo.¹⁰³⁻¹⁰⁴

Para que o controle judicial seja substantivo e eficaz, ele deve necessariamente abranger uma verificação explícita e registrada em ata sobre se e quando a defesa obteve acesso irrestrito aos autos. Esta indagação transforma o papel do magistrado, de um ratificador passivo de um acordo privado para um garantidor ativo da paridade de armas e do devido processo legal. Como bem salienta André Mirza em relação ao acordo de não colaboração premiada, em raciocínio que pode ser aproveitado ao ANPP:

[...] a reunião de todos os elementos informativos, inclusive quando favoráveis à defesa, nos moldes do artigo 54 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, deveria ser algo naturalmente perquirido por uma instituição que, por determinação constitucional, assumiu a função de fiscal da ordem jurídica (Ministério Público). Por outro flanco, a exibição desses elementos, oportunos ou não à pretensão acusatória, de sorte a contribuir para uma decisão voluntária/informada sobre entabular, ou não, um acordo de não colaboração premiada, é, na nossa visão, salutar.¹⁰⁵

¹⁰³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial e direito de defesa: os acordos no processo penal e seus limites necessários. *In.*: Boletim IBCCRIM, ano 29, nº 344, julho/2021, ISSN 1676-3661, pp. 7-9. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/721. Acesso: 28 set. 2025.

¹⁰⁴ HENDERSON, Kelsey S.; FOUNTAIN, Erika N.; REDLICH, Allison D.; CANTONE, Jason A.. *Judicial Strategies for Evaluating the Validity of Guilty Pleas*. *In.*: Court Review, 2023. Disponível em: <https://amjudges.org/publications/courtrv/CR59-2/CR59-2Henderson.pdf>.

¹⁰⁵ MADURO, André Mirza. Acesso aos autos na colaboração premiada. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.p. 145.

Portanto, ao tornar o acesso à prova um pré-requisito verificável para a homologação do acordo, o Poder Judiciário fortalece a defesa, responsabiliza a acusação por suas obrigações e adquire uma base concreta para avaliar se a voluntariedade é real ou apenas uma ficção processual. Essa única mudança procedimental tem o poder de reinserir o devido processo em um sistema que, por sua natureza, tende ao gerencialismo administrativo, assegurando que a eficiência almejada pela justiça penal negociada não seja alcançada ao custo do sacrifício das garantias fundamentais.

2.2 Conhecimento das imputações e das consequências em se celebrar o acordo

Outro aspecto da voluntariedade é a clareza que o acusado/investigado tem sobre o que está negociando; a que está renunciando; por quais motivos tem sobre si uma investigação e potencial persecução penal; quais condições terá que cumprir; e quais as consequências da realização do acordo.¹⁰⁶

Qualquer distorção sobre um desses pontos pode afetar a sua voluntariedade. O conhecimento das imputações e das bases propostas é imprescindível para que o acusado forme a sua convicção acerca de prosseguir ou não com o acordo. Logo, ele passa a assumir papel de protagonista e apresentar aspectos volitivos na sua atuação.

A sonegação de informação ao imputado pode levá-lo a incorrer em erro, o que desnatura a voluntariedade, uma vez que esta deve ser livre de quaisquer condutas tendenciosas. A voluntariedade inadmite, para sua caracterização, elementos externos ao celebrante que deturpem a realidade do objeto do acordo.¹⁰⁷

Dessa forma, medida imprescindível é a detalhada e individualizada descrição das condutas imputadas pelo MP. O acusado deve saber precisamente pelo que seria acusado e quais os elementos de prova corroborariam a narrativa acusatória. Descrições genéricas e inseridas em um contexto de acusação sem esclarecimento ou participação tolem a sua capacidade de análise sobre o mérito do acordo e, portanto, comprometem a voluntariedade.

¹⁰⁶ BARROS, Francisco Dirceu. Acordos criminais. Leme, São Paulo: JH MIZUNO, 2020. p. 67.

¹⁰⁷ Sustenta-se, nesse sentido, a necessidade de transparência por parte da acusação, a fim de que ela apresente todas as suas frentes de atuação: NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da Civil Law. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 14. nº 1, 2014, p. 348. MADURO, André Mirza. Acesso aos autos na colaboração premiada. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.p. 140 -141.

Além disso, a delimitação dos fatos e individualização das condutas pela acusação também se revelam necessárias para a concretização da voluntariedade, uma vez que ela reverbera na própria confissão do acusado, que, nos termos do art. 28-A, deve ser formal e circunstanciada. Logo, imprescindível que haja um recorte fático-probatório adequado, para que o acusado saiba e possa questionar os limites e o objeto da sua confissão, de modo a configurar a sua voluntariedade no acordo.

É de suma importância o conhecimento dos fatos e da imputação pelo acusado, ou seja, da pretensão acusatória, para que ele possa avaliar se celebra ou não o acordo, para a configuração da sua voluntariedade, “visto que isso é indispensável para que se impeçam eventuais erros e abusos, como blefes no sentido de que existem elementos probatórios mais consistentes ou sobre fatos mais graves do que na realidade fazem parte das investigações.”¹⁰⁸ Embora exija que a confissão seja formal e circunstanciada, a lei não estabelece um procedimento para as tratativas do acordo. No entanto, ela normatiza como condição para homologação judicial a verificação da voluntariedade. Desse modo, como sugestão interpretativa sistêmica dos dispositivos negociais, deve o juiz, na audiência de homologação, atestar que o acusado celebrou o acordo com pleno conhecimento dos fatos e das imputações lançadas.

Para além da declaração do acusado na celebração, uma forma de atestar a voluntariedade – no que tange ao conhecimento – é o Ministério Público documentar e apresentar ao acusado, durante as tratativas, a descrição pormenorizada dos fatos e dos elementos probatórios colacionados, que também seria submetido ao controle judicial durante a audiência homologatória. Essa iniciativa, embora guarde semelhanças, não se confunde com a denúncia, que seria mais completa e que teria a necessidade de comprovar todas as condições da ação penal.

Dessa forma, a proposta interpretativa aqui apresentada não colide com a previsão legal de que o acordo é anterior à denúncia, mas sim permite um aprimoramento do controle judicial da voluntariedade - na verificação de que o acusado tinha conhecimento de todos os fatos e imputações - que já é requisito legal para a homologação do acordo e garante uma atuação de boa-fé das partes durante a fase negocial.

O pleno conhecimento da realidade completa do acordo e dos autos também fortalece o caráter voluntário da avença, uma vez que o acusado teve todas as informações para avaliar e decidir se prefere o desfecho consensual ou a defesa do seu estado de inocência em uma

¹⁰⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p 114.

eventual ação penal. Ou seja, garante para si a previsibilidade necessária para essa tomada de decisão, demonstrando que ela será livre e com todas as informações necessárias.

Além disso, é imprescindível que o acusado tenha conhecimento das consequências em se celebrar o acordo para garantir o caráter voluntário da sua decisão negocial. Apesar de não constituir condenação criminal e não afetar o seu estado de inocência, a celebração do ANPP pode impedir que outro seja celebrado nos próximos 05 (cinco) anos, nos termos do art. 28-A, §§2º, III e 12, do CPP.

Desse modo, para garantir o pleno conhecimento do acusado, é salutar que ele seja informado, caso não sejam sigilosos, se há outros procedimentos investigatórios em curso contra ele. Assim, o acusado e a sua defesa terão condições de sopesar o custo-benefício de se realizar o acordo e que impactos essa decisão pode ter na sua defesa em outros procedimentos.

Também é importante que seja esclarecido ao acusado sobre as possibilidades de haver repercussão do acordo em outras searas.

Da mesma forma, é necessário que as condições fixadas sejam claras e que o acusado tenha pleno conhecimento das suas obrigações, uma vez que o descumprimento do acordo pode acarretar uma possível ação penal sem possibilidade de concessão da suspensão condicional do processo (art. 28-A, §§10 e 11).

2.3 Defesa técnica substancial para a caracterização da voluntariedade

A análise do papel da defesa técnica na justiça penal negocial exige que se supere uma visão idealizada. Como alertava Albert W. Alschuler, há riscos em se vislumbrar o advogado no âmbito da negociação como uma figura romântica, um mero “antídoto para o medo, ignorância e perplexidade dos imputados”. A própria estrutura da justiça consensual, ao incentivar a celeridade e a resolução eficiente de casos, pode gerar um desalinhamento de interesses entre o defensor e o defendido.¹⁰⁹

Alschuler aponta que, sendo o sistema de negociação um método por vezes irracional de administrar a justiça, ele se torna “necessariamente destrutivo das sólidas relações entre advogados e clientes”, porquanto o próprio advogado pode optar por incentivar a adesão a um acordo por razões que transcendem o melhor interesse do acusado, inclusive por “razões econômicas, como a de obtenção de honorários advocatícios mais rapidamente”. Essa

¹⁰⁹ ALSCHULER, Albert W. The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining. *In.*: The Yale Law Journal, [S.l.], v. 84, n. 6, pp. 1179-1314, May 1975. Disponível em: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/defense-attorneys-role-plea-bargaining>.

perspectiva crítica é fundamental, pois desloca a origem de uma potencial coerção: ela não emana apenas do poder estatal, mas pode surgir da própria relação de representação, exigindo do magistrado, no controle da voluntariedade, uma perquirição que não presuma a perfeita identidade de interesses entre o acusado e seu defensor.¹¹⁰

Sob uma perspectiva comparada, o direito à assistência de uma defesa técnica efetiva, garantido pela Sexta Emenda da Constituição dos EUA, foi estendido pela Suprema Corte à fase de negociação nos casos *Missouri v. Frye* e *Lafler v. Cooper*.¹¹¹ Esses precedentes estenderam a garantia da "assistência efetiva de advogado" (Sexta Emenda) para a fase de negociação de acordos, reconhecendo que uma defesa técnica falha nessa fase gera prejuízo constitucional e estabeleceram que o advogado tem o dever de comunicar todas as ofertas de acordo ao seu cliente e de fornecer aconselhamento competente sobre elas. No entanto, esse direito torna-se funcionalmente nulo sem o acesso prévio e integral às provas. Aconselhamento "competente" pressupõe uma avaliação profissional e baseada em evidências sobre as chances de sucesso em um eventual julgamento, a fim de ponderar adequadamente a oferta da acusação. Sem a *discovery*, tal avaliação é mera especulação.

Como pode um advogado aconselhar seu cliente de forma eficaz sem conhecer a robustez das provas da acusação, a credibilidade de suas testemunhas ou a existência de material exculpatório? A Suprema Corte, ao constitucionalizar o *processo* do aconselhamento sem garantir os *insumos substantivos* (o acesso à prova) necessários para que esse aconselhamento seja significativo, criou um "direito oco". Esta desconexão permite que o sistema mantenha uma aparência de justiça procedimental enquanto esvazia sua substância. Pesquisas empíricas demonstram que os juízes tendem a confiar e a presumir que os advogados de defesa realizaram a preparação necessária para assegurar a validade do acordo.¹¹²

Essa presunção judicial é fundamentalmente falha em um sistema que permite a retenção de provas antes do acordo, pois terceiriza uma responsabilidade judicial central – a verificação da voluntariedade – para um ator que foi sistematicamente desarmado pela assimetria informacional.

¹¹⁰ ALSCHULER, Albert W. The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining. *In.*: The Yale Law Journal, [S.l.], v. 84, n. 6, pp. 1179-1314, May 1975. Disponível em: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/defense-attorneys-role-plea-bargaining>, p. 1180.

¹¹¹ HENDERSON, Kelsey S.; FOUNTAIN, Erika N.; REDLICH, Allison D.; CANTONE, Jason A.. *Judicial Strategies for Evaluating the Validity of Guilty Pleas*. *In.*: Court Review, 2023. Disponível em: <https://amjudges.org/publications/courtrv/CR59-2/CR59-2Henderson.pdf>.

¹¹² BIBAS, Stephanos. Judicial Fact-Finding and Sentence Enhancements in a World of Guilty Pleas. *In.*: The Yale Law Journal, vol 110, April 12, 2001, pp. 1097-1185. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/934/.

Já no âmbito nacional, a Constituição de 1988, em seus arts. 133 e 134, assegura que a advocacia e a Defensoria Pública são indispensáveis e essenciais à Justiça.¹¹³ A legislação processual penal também estabelece que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será julgado sem defensor” (art. 261, do CPP). Nesse contexto, outro critério para a verificação da voluntariedade é o fato de o acusado ter recebido uma defesa técnica substancial e efetiva durante as negociações do acordo.

O texto legal estipula a imprescindibilidade da defesa técnica durante todas os momentos do ANPP. A primeira delas é de que, para a formalização do acordo, é necessário que seja firmado pelo defensor (art.28-A, §3º, do CPP).¹¹⁴ Outra previsão é a necessidade da presença do advogado ou defensor público na audiência de homologação para aferição da voluntariedade do acusado/investigado (art. 28-A, §4º).¹¹⁵ Em caso de não homologação do acordo, por considerar os termos inadequados, insuficientes ou abusivos, o juiz dependerá da aquiescência do investigado e do seu defensor para remeter os autos ao Ministério Público para oferecimento de nova proposta (art. 28-A, §5º).¹¹⁶

O papel da defesa é indispensável na justiça penal negocial e a sua ausência implica em ilicitude do acordo.¹¹⁷ Nesse sentido, durante as tratativas do ANPP, a defesa técnica deverá “i) orientar o investigado sobre o que consiste o ANPP, confirmando com ele a existência ou não de elementos de informação a respeito da autoria delitiva; ii) informar o investigado sobre as consequências do descumprimento do acordo; e, iii) verificar a licitude dos indícios que emprestam justa causa para o acordo”.¹¹⁸

Percebe-se, portanto, que a defesa técnica possui um papel imprescindível na tomada de decisão do seu constituinte, devendo agir em busca dos seus interesses. Importante que o

¹¹³ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal .

¹¹⁴ § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

¹¹⁵ § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

¹¹⁶ § 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.

¹¹⁷ WUNDERLICH, Alexandre; MARTINS-COSTA, Antônio; LIMA, Camile Eltz de.; OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de; BERTONI, Felipe Faoro; RAMOS, Marcelo Buttelli; CANTERJI, Rafael Braude. Acordo de não persecução penal e colaboração premiada após a Lei Anticrime. 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 87.

¹¹⁸ CABRAL, Rodrigo L. F. Manual do acordo de não persecução penal. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 144

defensor esteja preparado para atuar em um cenário de justiça penal negocial, que reúne técnica e estratégia próprias, de forma que a defesa seja substancial e tenha efetividade.

Desse modo, é essencial que se conheça a realidade dos autos, com condições de questionar as imputações e que possa negociar com o Ministério Público as melhores condições para o seu cliente/assistido. Compreender a lógica negocial é fundamental para evitar que sejam fixadas obrigações inviáveis de serem cumpridas, afastando o risco de rescisão, e minimizar os efeitos da confissão.

Além disso, a defesa deve ter condições de passar ao seu constituinte a realidade dos autos, de modo a apontar os riscos e benefícios de cada cenário (ação penal ou ANPP), para assim, em conjunto com o acusado, tomar a decisão que lhe seja mais favorável e de acordo com o seu perfil pessoal.

A lição de *Lafler v. Cooper* é crucial para a compreensão da defesa substancial no ANPP, pois revela a sua natureza dual. A deficiência técnica pode lesar o investigado de duas formas distintas: (i) ao aconselhá-lo a aceitar um acordo desvantajoso ou inadequado, coagido pela ameaça do processo; ou (ii) ao aconselhá-lo, de forma imperita, a rejeitar uma proposta benéfica, expondo-o a um risco processual desnecessário e a uma sanção potencialmente mais severa. A defesa substancial, portanto, não é apenas um escudo contra a acusação, mas uma ferramenta de análise de risco que deve capacitar o investigado a tomar a melhor decisão estratégica, seja ela a aceitação do acordo ou a sua recusa para enfrentar a persecução penal.

A relação entre constituinte e defensor é uma relação de confiança e de alinhamento de interesses, sendo a palavra do acusado/investigado sobre celebrar ou não o acordo a soberana na tomada de decisão. Assim, deve-se aplicar por analogia a previsão do art. 3º-C, §2º, da Lei nº 12.850/2013, de que “em caso de eventual conflito de interesses, ou de colaborador hipossuficiente, o celebrante deverá solicitar a presença de outro advogado ou a participação de defensor público”. Concorda-se com Vinicius Vasconcellos e Franklyn Silva de que, assim como na colaboração premiada, caso haja um desacordo entre defensor e constituinte, em celebrar ou não o acordo, deve prevalecer a palavra do acusado com a consequente nomeação de outro patrono para a causa.¹¹⁹

Finalmente, a análise comparada oferece um arcabouço conceitual para densificar o controle judicial da voluntariedade previsto no art. 28-A, §4º, do CPP. A mera indagação formal ao investigado sobre se sua aceitação é livre e espontânea se mostra insuficiente diante da

¹¹⁹ SILVA, Franklyn R. Os acordos de não persecução e o comportamento da defensoria pública na assistência jurídica. *Revista da Defensoria Pública*, n.26, p. 409. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 117.

complexidade das pressões que atuam sobre ele, inclusive aquelas que podem emanar de seu próprio defensor. A jurisprudência norte-americana, ao estabelecer um padrão de prejuízo concreto – a “razoável possibilidade de que o resultado do acordo teria sido diferente com uma assistência técnica competente” – sugere um caminho para um controle judicial mais substantivo.¹²⁰

Sem adentrar o mérito da estratégia defensiva ou violar o sigilo profissional, o magistrado deve, na audiência de homologação, assegurar-se de que a decisão do investigado foi informada por um aconselhamento jurídico que ponderou adequadamente os elementos probatórios, os riscos do processo e os benefícios do acordo. Isso significa verificar se a defesa teve acesso integral aos autos, se teve tempo hábil para analisá-los e se as cláusulas do acordo são o resultado de uma negociação efetiva, e não de uma mera adesão acrítica. Esse controle material sobre a qualidade da assistência prestada é o que verdadeiramente transforma a presença do defensor de uma formalidade processual em uma garantia substancial da voluntariedade.

2.4 Necessidade de controle judicial material da voluntariedade na audiência de homologação

A decisão homologatória do acordo de não persecução penal consiste na verificação judicial da legalidade do termo, assim como da voluntariedade e adequação.¹²¹ A homologação da avença pelo Judiciário permite a produção dos efeitos do acordo e chancela que a sua celebração tenha ocorrido dentro dos ditames legais.¹²²

Dada a importância da decisão homologatória e compreendendo que a voluntariedade vai além da manifestação de vontade - abarcando também a possibilidade de o celebrante participar ativamente das tratativas com base no amplo acesso aos autos e ao direito de defesa – sustenta-se a necessidade de que o controle judicial de voluntariedade do acordo seja substancial, ou seja, que analise as condições em que o acordo foi pactuado e o seu conteúdo.

¹²⁰ NOGUEIRA, Thúlio Guilherme Silva. Entre o incentivo e a coerção nos acordos penais. A necessidade de estruturação de critérios de voluntariedade. São Paulo: Marcial Pons, 2023, pp. 107-111.

¹²¹ Embora o controle de adequabilidade não esteja descrito no mesmo dispositivo da legalidade e da voluntariedade (§4º do art. 28-A, do CPP), a lei autoriza ao juiz, também na audiência de homologação, a devolver os autos ao Ministério Público, para reformulação da proposta, caso considere as condições inadequadas, insuficientes ou abusivas (§5º).

¹²² HILLEN, Gabriel. O controle judicial de validade do acordo de colaboração premiada. 1ª ed. São Paulo. Marcial Pons. 2024. P. 26.

A legislação não traz critérios objetivos de aferição da voluntariedade na celebração do acordo, apenas dispondo que ela deve ser verificada na presença do investigado e do seu defensor (art. 28-A, §4º, CPP). Ou seja, não há parâmetros legais sobre como o juiz deve conduzir a audiência de homologação para constatar se o acordo foi celebrado de maneira voluntária ou não.

Um controle judicial substancial do ANPP em nada colide com a vedação de os juízes participarem das tratativas. Inquirir efetivamente sobre as condições em que o acordo foi firmado reforça a autonomia e a voluntariedade da manifestação de vontade do investigado em celebrar a avença.

No entanto, a ausência de parâmetros normativos claros sobre o controle judicial da voluntariedade na audiência de homologação do ANPP tem ocasionado um controle estritamente burocrático, bastando que a presença do defensor e a aquiescência do investigado ao acordo confirmem o caráter voluntário.

Em pesquisa empírica realizada nas varas criminais de Goiânia por Vinicius Vasconcellos e Camylla Moreira da Paz, buscou-se compreender como ocorre o controle de voluntariedade nas audiências de homologação do ANPP; se é realizada a audiência de homologação prevista no §4º do art. 28-A; qual o procedimento adotado na audiência e quais as perguntas formuladas pelos juízes aos investigados para a aferição da voluntariedade.¹²³

Constatou-se que 20% (vinte por cento) das varas não realizam audiência para homologar o ANPP mesmo diante de previsão legal, o que prejudica o controle de voluntariedade e legalidade do acordo.¹²⁴ A homologação sem audiência, através de análise da declaração gravada do investigado e do termo acordado não permite que o juiz tenha informação sobre quais condições o acusado estava envolto ao celebrar o acordo. Não garante que ele teve ciência inequívoca das consequências da avença e muito menos oportunidade de contrapor à narrativa ministerial ou de exercer um controle de legalidade dos elementos de prova produzidos em sede de investigação preliminar.

Portanto, a não realização de audiência de homologação, além de gerar prejuízo ao acusado, ao cercear a sua defesa, também descredibiliza o próprio Poder Judiciário ao não

¹²³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. PAZ, Camylla Moreira da O controle judicial para homologação do acordo de não persecução penal: pesquisa empírica nas varas criminais de Goiânia/GO. Revista De Estudos Empíricos Em Direito, 11. <https://doi.org/10.19092/reed.v11.885>

¹²⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. PAZ, Camylla Moreira da O controle judicial para homologação do acordo de não persecução penal: pesquisa empírica nas varas criminais de Goiânia/GO. Revista De Estudos Empíricos Em Direito, 11. <https://doi.org/10.19092/reed.v11.885>, p. 13.

realizar um ato processual previsto em lei e que não confere discricionariedade ao julgador sobre praticá-lo ou não, o que deve gerar o reconhecimento da nulidade do ato de homologação.

Dos dados coletados da pesquisa em comento, verificou-se que mesmo diante das previsões legais de recusa à homologação ou de devolução dos autos ao Ministério Público para complementação, 100% (cem por cento) dos acordos foram homologados.¹²⁵ O fato de a totalidade dos acordos ter sido homologada é um indicativo de que o controle judicial homologatório tem acontecido como mera formalidade, quando esta é minimamente observada com realização de audiência, e sem adentrar ao controle material das condições do acordo.

Sobre as perguntas realizadas, em 46% (quarenta e seis por cento) das audiências não houve o questionamento se o investigado quis realizar o acordo, o que, como bem observado pelos autores, indica a presunção de que os acordos são voluntários, afastando a necessidade de maiores indagações, inexistindo ou reduzindo o espaço para o controle judicial da voluntariedade.¹²⁶ Segundo os dados da pesquisa, em 91% dos casos não houve formulação de perguntas sobre se o investigado optou por celebrar o acordo em virtude de influências externas,¹²⁷ o que denota uma indisposição judicial em aferir as condições que levaram o acusado a optar por celebrar o ANPP, reduzindo o controle da voluntariedade.

Os dados revelam também um baixo interesse dos magistrados em questionar os investigados se eles tinham conhecimento dos fatos imputados, o que ocorreu em apenas 38% (trinta e oito por cento) dos casos¹²⁸; em nenhuma audiência foi informado ao investigado sobre o direito de ter acesso aos autos ou questionado se houve o seu exercício;¹²⁹ em 96% (noventa e seis por cento) houve o questionamento ao investigado se ele tinha conhecimento das consequências do acordo e em nenhum caso foi informado sobre a possibilidade de uso da confissão.¹³⁰

¹²⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. PAZ, Camylla Moreira da O controle judicial para homologação do acordo de não persecução penal: pesquisa empírica nas varas criminais de Goiânia/GO. *Revista De Estudos Empíricos Em Direito*, 11. <https://doi.org/10.19092/reed.v11.885>, p. 16.

¹²⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. PAZ, Camylla Moreira da O controle judicial para homologação do acordo de não persecução penal: pesquisa empírica nas varas criminais de Goiânia/GO. *Revista De Estudos Empíricos Em Direito*, 11. <https://doi.org/10.19092/reed.v11.885>, p. 17.

¹²⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. PAZ, Camylla Moreira da O controle judicial para homologação do acordo de não persecução penal: pesquisa empírica nas varas criminais de Goiânia/GO. *Revista De Estudos Empíricos Em Direito*, 11. <https://doi.org/10.19092/reed.v11.885>, p. 18.

¹²⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. PAZ, Camylla Moreira da O controle judicial para homologação do acordo de não persecução penal: pesquisa empírica nas varas criminais de Goiânia/GO. *Revista De Estudos Empíricos Em Direito*, 11. <https://doi.org/10.19092/reed.v11.885>, p. 19.

¹²⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. PAZ, Camylla Moreira da O controle judicial para homologação do acordo de não persecução penal: pesquisa empírica nas varas criminais de Goiânia/GO. *Revista De Estudos Empíricos Em Direito*, 11. <https://doi.org/10.19092/reed.v11.885>, p. 19.

¹³⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. PAZ, Camylla Moreira da O controle judicial para homologação do acordo de não persecução penal: pesquisa empírica nas varas criminais de Goiânia/GO. *Revista De Estudos Empíricos Em Direito*, 11. <https://doi.org/10.19092/reed.v11.885>, p. 21.

O acordo, para ser voluntário, deve ser livre de quaisquer influências externas abusivas ou ilegais e que reduzam o espaço de autonomia do acusado em decidir o melhor caminho para a sua defesa. Dessa forma, o controle de voluntariedade está intimamente ligado ao controle da base fático-probatória. Um acordo em uma investigação que não reúne os requisitos de admissibilidade da ação penal não reunirá uma manifestação de vontade livre e desembaraçada, pois a sua negativa sujeitará o investigado a uma persecução penal ilegal. Logo, a decisão pela celebração da avença só será voluntária se a hipótese de recusa ensejasse uma persecução penal dentro dos preceitos legais e de admissibilidade da ação penal.¹³¹

Para garantir a voluntariedade do acordo, é necessário que o magistrado, na audiência de homologação, tenha conhecimento das imputações lançadas e das provas até então produzidas, bem como oportunize ao investigado se manifestar sobre o objeto da investigação de modo a evidenciar a sua decisão por celebrar o ANPP.

É fundamental, também, que se faça um controle judicial da confissão formal e circunstanciada, de modo a verificar se ela sofreu influências de excesso acusatório e se está ancorada nas provas constantes nos autos. Isso porque, deve-se fiscalizar se o investigado não foi levado a confessar por conduta acusatória abusiva ou desancorada de elementos probatórios legítimos que poderiam levar a uma eventual persecução penal.

A voluntariedade do acordo, como já discorrido, também se manifesta pelo pleno acesso aos autos. Desse modo, necessário que o magistrado se certifique, na audiência de homologação, se e quando foi disponibilizado ao investigado a íntegra dos autos e se o investigado teve oportunidade de se manifestar durante a investigação preliminar.

Caso tenha havido a decretação de medidas cautelares probatórias sigilosas, estas também devem ser disponibilizadas ao investigado antes da audiência de homologação. Não haverá prejuízo para a investigação, uma vez que a *opinio delicti* já estaria formada (o ANPP só pode ser celebrado após a conclusão das investigações – vide o disposto no art. 28-A: “*não sendo o caso de arquivamento*”), tendo as cautelares probatórias alcançados os seus objetivos, e o imputado deve ter conhecimento delas para formar a sua decisão voluntária de celebrar ou não o acordo. Assim, necessário que haja o controle judicial nesse ponto durante a audiência de homologação.

Como a celebração do ANPP impede a realização de outro acordo por fatos posteriores nos 05 (cinco) anos seguintes, defende-se que, na audiência de homologação, o controle judicial

¹³¹ BACHMAIER WINTER, Lorena. The European Court of Human Rights on Negotiated Justice and Coercion. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 26, p. 236-259, 2018. P. 258.

verifique se o investigado foi cientificado dessa consequência e se foi lhe comunicada a existência de outro procedimento investigatório que lhe possa impedir se valer do instituto no futuro. Sobre esse ponto, deve-se interpretá-lo com maior cuidado, uma vez que podem existir procedimentos sigilosos ou fora da esfera de jurisdição e atribuição daquele juízo ou órgão ministerial em que tramita o ANPP, não havendo, portanto, como haver a comunicação. A cientificação, dentro do possível, sobre a existência de outros procedimentos está inserida no âmbito da voluntariedade, pois a defesa do investigado poderá avaliar livremente em qual procedimento seria mais conveniente celebrar o acordo, o que deve ser garantido na audiência de homologação por meio do controle judicial da voluntariedade.

Por fim, discute-se sobre a possibilidade de se realizar a audiência de homologação do ANPP durante a audiência de custódia de prisão em flagrante. No caso, o acordo seria firmado no mesmo momento em que se avaliaria a legalidade da prisão. A despeito da ausência de previsão legal, alega-se que, havendo prévio contato das partes e sem a participação do juiz nas negociações, a homologação do acordo no ato seria possível.¹³² Sustenta-se que essa possibilidade conferiria eficiência ao processo penal e ao sistema de justiça criminal, uma vez que, no mesmo dia do suposto fato delitivo haveria a resposta estatal por meio do ANPP.

Em contexto anterior à Lei nº 13.964/2019, o Fórum Nacional dos Juizes Criminais (Fonajuc) estipulou enunciado de que “a audiência de custódia poderá concentrar os atos de oferecimento e recebimento da denúncia, citação, resposta à acusação, suspensão condicional do processo e instrução e julgamento”¹³³, o que demonstra uma tendência de existência de práticas judiciais a alargar a incidência da audiência de custódia para além dos limites legais.

Discorda-se frontalmente desse posicionamento. Além de não haver autorização legal, a celebração do ANPP pressupõe a existência de uma prévia investigação delitiva. Ao se cogitar de firmar e homologar o acordo em conjunto com a audiência de custódia, renuncia-se ao poder investigativo do Estado. O acordo é uma alternativa à ação penal, quando ela é cabível, mas jamais pode ser interpretada como uma alternativa à investigação.

Essa hipótese não só extirpa a possibilidade de a pessoa ter o exercício da sua ampla defesa como também impede o avanço das investigações. A homologação simultânea da prisão e do acordo pode implicar na celebração de um ANPP incabível. Para um lado (ser hipótese de

¹³² CAMARGO, Eduardo Aidê B. Acordo e comportamento: como dados e evidências do agir humano podem ajudar o acordo de não persecução penal? In: DUTRA, Bruna M. A.; AKERMAN, William (org.). Pacote anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2020. p. 177.

¹³³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Aprovação de enunciados marca o encerramento do II FONAJUC. Brasília, TJDF, 2018.

arquivamento) ou para o outro (as investigações demonstrarem que o fato constitui crime mais grave).

Ademais, a voluntariedade da pessoa que celebra o ANPP no mesmo dia em que foi presa em flagrante está severamente comprometida, uma vez que se poderia ter o provável cenário de se optar pelo acordo para não ter a sua prisão convertida em preventiva.

2.5 ANPP e prisão cautelar

Ponto sempre presente nas discussões da voluntariedade nos acordos penais é a sua caracterização quando a decisão por celebrar o acordo está relacionada, direta ou indiretamente, com a segregação da liberdade por meio de prisão processual.¹³⁴ Essa temática também é pertinente ao acordo de não persecução penal.

Afirma-se que a opção por celebrar um instituto negocial não será voluntária se a pessoa estiver presa, haja vista que, de acordo com essa perspectiva, a decisão não terá sido livre e tomada para reverter a situação de segregação cautelar. Nesse sentido, é recorrente o debate legislativo de se vedar em absoluto a homologação de acordo de colaboração premiada com pessoa presa.¹³⁵

Até o momento, a opção do legislador, na colaboração premiada, foi exigir que a voluntariedade seja analisada durante a homologação judicial “especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares” conforme a inclusão pela Lei nº13.964/2019 do §7º, IV, do art. 4º da Lei nº 12.850/2013.

A previsão legislativa não ignora que a prisão processual pode comprometer a voluntariedade do acordo, mas optou por conferir ao juiz a análise do caso concreto para verificar de que maneira ela influenciou na decisão em se celebrar a avença. Compreende-se que essa foi a melhor opção, pois uma proibição generalizada levaria a um inconstitucional

¹³⁴ SUXBERGER, Antônio H.G.; MELLO, Gabriela S.J.V. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan./abr. 2017. D'URSO, Luiz Flávio B. Delação Premiada: proibição para quem está preso. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 11, nº 66, 2015.

¹³⁵ O Projeto de Lei nº 4699/2023 propõe alterar a redação do inciso IV do § 7º do art. 4º da Lei 12.850, que versa sobre a homologação do acordo de colaboração premiada, com o seguinte texto: “IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares, presumindo-a ausente na hipótese de privação cautelar da liberdade.” De forma similar, o Projeto de Lei nº 4372/2016 visa garantir que o acordo de colaboração premiada somente poderá ser homologado se o acusado ou indiciado estiver respondendo ao processo ou à investigação em liberdade.

cerceamento de defesa, restringido por lei a garantia constitucional da ampla defesa.¹³⁶ No entanto, reconhece-se a complexidade do tema, uma vez que a prisão não deixa de ser uma coerção -legítima ou não - que influencia na tomada de decisão em se celebrar um instituto negocial.¹³⁷

O debate sobre os efeitos da segregação cautelar na escolha em se firmar o acordo de colaboração premiada também é perfeitamente aplicável ao acordo de não persecução penal. A sujeição a uma prisão cautelar tem um grande efeito na opção por se celebrar o acordo e desestimula a defesa do seu estado de inocência. Como apontado por Eduardo Camargo, “o raciocínio é simples: um dia de liberdade hoje vale mais do que um dia de liberdade daqui a dez anos.”¹³⁸

Além de afetar a sua decisão em celebrar o acordo, a privação da liberdade contribui para a perda de força do acusado na negociação e da própria qualidade do acordo. Ele se verá em uma situação de urgência, com foco imediato na retomada da sua liberdade, levando a situações em que poderá aceitar condições abusivas ou excessivamente onerosas.¹³⁹

Para efeitos de impacto na voluntariedade do acordo, também estão presentes quando a prisão foi decretada antes da celebração da avença, mas o acusado firmou o acordo já em liberdade. O tempo de cárcere provisório pode potencializar a escolha pela celebração do ANPP, ainda que o investigado tenha sido colocado em liberdade posteriormente.

¹³⁶ Nesse sentido: TERRA, Luiza B. Aspectos da voluntariedade da delação premiada: a questão do delator preso provisoriamente. In: GOMES; SILVA; MANDARINO (orgs.). Colaboração premiada. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. P. 277.

¹³⁷ Compartilha-se da preocupação externada por Vinicius Vasconcellos: “Diante de tal discussão, pensa-se que a justiça criminal negocial apresenta, em sua essência e de modo inafastável, uma lógica de clara e forte coação sobre o imputado, como exposto anteriormente. Por isso, assume-se posição contrária à expansão da barganha e da colaboração premiada, como mecanismos negociais permeados por essas aporias. Porém, se aceita tais premissas dos institutos consensuais no processo penal, não há como isolar as situações de prisão do regime geral da colaboração. Vedar-se-ia, simplesmente, a realização do acordo com o imputado segregado? Determinar-se-ia a necessidade de revogação da prisão em momento anterior à formalização do acordo? Parece que, de qualquer modo, a lógica de coação continua impregnada no mecanismo, o que torna essa divergência profundamente complexa.” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no Processo Penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 168-169.

¹³⁸ CAMARGO, Eduardo Aidê B. Acordo e comportamento: como dados e evidências do agir humano podem ajudar o acordo de não persecução penal? In: DUTRA, Bruna M. A.; AKERMAN, William (org.). Pacote anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2020.

¹³⁹ Nesse sentido, Eduardo Camargo alerta sobre os aspectos comportamentais do indivíduo preso que aceita celebrar o acordo de não persecução penal: “A crítica, que já foi feita na delação premiada, também se aplica ao acordo de não persecução penal: a prévia prisão do investigado poderá impactar enormemente no modo como o acordo de não persecução será elaborado. A prisão, de fato, impõe excessivamente uma condição emocional ao investigado que faz com que ele utilize de vieses e heurística. A liberdade provisória como decorrência da confissão é o oferecimento de uma recompensa quase irresistível ao investigado. Nesse caso, o indivíduo, refém do desconto temporal e da heurística da disponibilidade, opta pela satisfação imediata da liberdade mais próxima em detrimento de um risco de ter uma privação da liberdade prolongada. Tal fato, assim, pode ser decisivo para a formulação de acordos rápidos e mais maléficos para o investigado.” *Ibidem*, p. 195.

A prisão processual (preventiva ou temporária) apresenta as suas hipóteses fixadas em lei, não podendo ser utilizada para forçar a celebração de qualquer instituto premial. No entanto, caso o tipo penal em investigação permita a celebração do ANPP e desde que não haja elementos de obstrução à justiça ou de atos que coloquem em risco a viabilidade da investigação, não torna cabível a prisão preventiva, independentemente de o investigado firmar ou não o acordo. Se o Estado reconhece que aquela conduta é suficientemente reprimida pela prática de um acordo que não leve à ação penal, não haveria fundamento para a decretação de prisão preventiva.¹⁴⁰

Nesse aspecto, os fundamentos para a prisão provisória devem ser ancorados nas suas hipóteses legais e dissociados da opção por se celebrar ou não o acordo de não persecução penal. Entende-se que nem a prisão será manifestamente ilegal apenas por ser cabível o acordo - desde que presentes os requisitos legais e a decisão devidamente fundamentada - como também o acordo não será ilegal pelo fato de ter sido celebrado com o investigado preso. Concorda-se com Vinicius Vasconcellos de que “não há como estruturar um sistema em que haja isonomia e paridade de tratamento se aos imputados presos for simplesmente vedada a possibilidade de mecanismos negociais”.¹⁴¹

No entanto, deve-se analisar minuciosamente a legalidade do decreto cautelar e “se a prisão for considerada ilegal e tiver sido utilizada para coagir o autor do fato, isso pode afetar a sua voluntariedade e comprometer o acordo, resultando em sua nulidade.”¹⁴²

Para mitigar os efeitos da prisão provisória ou de medidas cautelares pessoais alternativas sobre a voluntariedade do acordo de não persecução penal, é necessário que haja um controle judicial efetivo durante a decisão de homologação ou não do termo. Para tanto, sugere-se a aplicação do §7º, IV, do art. 4º da Lei nº 12.850/2013¹⁴³, voltado à colaboração premiada, por meio de interpretação sistemática, ao ANPP. Isso porque é pressuposto para qualquer instituto negocial brasileiro que ele seja voluntário. Se a prisão cautelar tem potencial de comprometer a voluntariedade do acordo, deve ser verificado pelo controle judicial de que

¹⁴⁰ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Dialética, 2020. p. 59.

¹⁴¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 108.

¹⁴² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 108.

¹⁴³ § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: (...)

IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

modo ela influenciou a decisão do acusado, gerando coação ou não, e se impactou para que as condições acordadas se tornassem abusivas.

A sugestão interpretativa proposta em nada exclui a possibilidade e a necessidade de um aperfeiçoamento normativo do ponto, que também será abarcado na sugestão de projeto de lei a ser apresentado ao final.

2.6 Síntese do capítulo: sugestões de aperfeiçoamento prático e normativo para o aprimoramento do controle judicial da voluntariedade no ANPP

O trabalho compartilha dos pensamentos doutrinários apresentados sobre a necessidade, para a aferição da voluntariedade, do pleno acesso aos autos; da indispensabilidade do pleno conhecimento dos fatos e das imputações por parte do acusado, assim como da importância de se realizar um efetivo controle judicial material durante a audiência de homologação. A contribuição a ser feita com esta tese se baseará em sugestões de como aplicar esses preceitos ao controle judicial da voluntariedade no ANPP, com propostas de soluções interpretativas e de aprimoramento legislativo.

Visando contribuir com o aperfeiçoamento do controle judicial da voluntariedade, pode-se apresentar sugestões de soluções interpretativas da norma que determina a aferição da voluntariedade do acordo durante a homologação; propostas de questionamentos que podem ser adotados pelo magistrado na audiência de homologação e sugestões de reforma legislativa visando parametrizar e descrever critérios para a verificação da voluntariedade do acordo, haja vista que a redação atual do §4º do art. 28-A do CPP apenas determina que a voluntariedade será aferida na audiência de homologação na presença do investigado e da sua defesa técnica.

O pleno e efetivo acesso aos autos constitui importante critério de aferição da voluntariedade na celebração do acordo. Desse modo, como sugestão interpretativa, sugere-se a aplicação da Súmula Vinculante nº 14¹⁴⁴ à formação da voluntariedade do acusado no ANPP, que também deve ser interpretada conjuntamente com as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, previstas no art. 5º, LV, da Constituição Federal.¹⁴⁵ O imputado somente terá condições de constituir a sua voluntariedade em celebrar o acordo se tiver pleno acesso aos autos, em tempo hábil, e oportunidade de se manifestar sobre a investigação e a imputação.

A aplicação do princípio da boa-fé também é essencial para que o acordo celebrado seja voluntário. Ela garante que todas as partes exerçam uma postura leal e transparente. Nesse contexto, conjugada com a ampla defesa e o contraditório, enseja que seja dado conhecimento ao acusado, sobre todos os fatos e imputações, bem como sobre as consequências do acordo, desde os efeitos da confissão até as obrigações e consequências em firmá-lo, como o

¹⁴⁴ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

¹⁴⁵ Art. 5º, LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

impedimento em celebrar novo acordo de não persecução penal nos 05(cinco) anos seguintes à prática do fato do primeiro acordo (art. 28-A, §2º, III, do CPP). Como outra conclusão dessa interpretação sistemática das referidas normas, sugere-se que seja informado ao acusado se existem outros procedimentos investigatórios em curso para que ele possa formar a livre convicção sobre realizar ou não o acordo.

A vagueza da norma da voluntariedade do acordo de não persecução penal traz a necessidade de uma reforma legislativa no ponto para fixar critérios de aferição e evitar práticas e decisões judiciais conflitantes. Nesse sentido, sugere-se a estipulação legal como requisito da voluntariedade os critérios de aferição já trazidos pela doutrina como a) pleno acesso aos autos pelo investigado; b) conhecimento dos fatos, imputações e consequências do acordo; c) possibilidade de a defesa se manifestar sobre os autos investigatórios antes e após a formação da *opinio delicti* do Ministério Público.

Desse modo, mesmo considerando não ter autorização legal para a realização da audiência homologatória em conjunto com qualquer outro ato - como a audiência de custódia - e que a sua prática conjunta ensejaria nulidade do acordo haja vista o prejuízo à voluntariedade do acusado, a fim de evitar interpretações dissonantes, a lei deveria prever de forma clara que a sua não realização isoladamente enseja a nulidade do ato homologatório.

Sugestionar-se-á, também, por meio da criação do incidente processual para tratativas e controle judicial do ANPP, a necessidade de que a acusação delimite os fatos, os elementos probatórios e as imputações para que a defesa possa formar a sua convicção sobre realizar ou não o acordo. A sugestão de reforma legislativa será apresentada, na forma de projeto de lei, em conjunto com os outros pontos do trabalho, no capítulo 05.

Outro ponto de preocupação é a ausência de parametrização sobre como deve ser realizada a audiência de homologação. Discute-se, na doutrina, sobre a necessidade de criação de cartilha orientativa de perguntas para a condução do juiz durante a audiência homologatória.¹⁴⁶

Compartilhando dessa necessidade já exposta e buscando apresentar uma proposta orientativa, sugere-se a formulação das seguintes perguntas durante a audiência de homologação: a) quando o investigado teve acesso aos autos? b) teve oportunidade para se manifestar sobre a investigação preliminar antes do início das tratativas do ANPP? c) tem

¹⁴⁶ Sobre a necessidade de elaboração de cartilha orientativa para a realização da audiência de homologação: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. PAZ, Camylla Moreira da O controle judicial para homologação do acordo de não persecução penal: pesquisa empírica nas varas criminais de Goiânia/GO. Revista De Estudos Empíricos Em Direito, 11. p. 22-23.

alguma consideração, antes do juízo homologatório, sobre questão preliminar dos autos investigatórios? d) tem conhecimento e compreensão dos fatos imputados e das consequências do acordo? e) o investigado teve oportunidade de consultar e dialogar com seu defensor antes da aceitação do acordo? f) o investigado tem consciência de que a adesão ao acordo é voluntária e de que pode recusar sua celebração sem prejuízo a sua defesa? g) o investigado recebeu alguma promessa, pressão ou orientação de que o acordo seria a única forma de evitar o processo penal?

3. CONTROLE JUDICIAL DA LEGALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O controle de legalidade do ANPP constitui ponto central de atuação do magistrado, havendo inclusive expressa previsão legal quanto à necessidade de avaliação desse requisito para homologação do acordo (art. 28-A, § 4º do CPP). Nesse sentido, este capítulo tratará dos espaços de controle conferidos pelo art. 28-A em relação ao requisito da legalidade, avaliando hipóteses de cabimento, vedações e interpretações. Isso porque compreende-se que o *caput* do art. 28-A do CPP confere discricionariedade excessiva à acusação ao condicionar o cabimento do acordo à necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime. Defende-se que é necessário haver um controle judicial da fundamentação acusatória, motivo pelo qual serão discutidas as possibilidades de se vedar a celebração do acordo sob esse fundamento.¹⁴⁷

Afinal, o controle de legalidade da imputação perpassa pela análise se houve a correta capitulação dos fatos aos tipos penais e emprego dos institutos relativos ao concurso de crimes, por exemplo, de modo a verificar se foi correto o não oferecimento do ANPP pelo Ministério Público. Dessa forma, o terceiro capítulo abordará como pode ser exercido esse controle judicial de legalidade, o que guarda relação direta com o debate sobre a possibilidade de se reconhecer o cabimento do benefício durante a ação penal.¹⁴⁸

Ademais, a exigência de confissão no ANPP desafia o órgão jurisdicional a limitar sua utilização para que a aplicação não viole a presunção de inocência¹⁴⁹, tópico que também será trabalhado conjuntamente ao emprego do instituto como meio de obtenção de prova, ambos os casos carecedores do devido controle judicial. Nesse contexto, verifica-se a possibilidade de utilização da confissão como elemento probatório para se incriminar corréu e como prova em outros processos sancionatórios, motivos pelos quais deve-se debater esse quadro à luz do controle judicial do ANPP.

Outro ponto que será trabalhado é o controle judicial das cláusulas obrigacionais, que discutirá os limites do espaço de negociação das partes na definição das obrigações do acordo e, ao mesmo tempo, do papel do magistrado na sua interpretação e decisão.

¹⁴⁷ No mesmo sentido: SUXBERGER, Antonio H.G. Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público. Brasília: Fundação Escola, 2019. P. 101.

¹⁴⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. P. 63. FREIRE JR., Américo Bedê; LEMGRUBER, Leticia. Os acordos de não persecução penal e cível: permissões e vedações. In: CUNHA, BARROS, SOUZA, CABRAL (coord.). Acordos de não persecução penal e cível. Salvador: Juspodivm, 2021. P. 370.

¹⁴⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. *In.*: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 289-306, 2021.

A análise é subdividida entre o controle judicial quanto ao cabimento, avaliando-se seus requisitos em espécie e as vedações associadas, e o controle judicial quanto ao conteúdo material do ANPP. Por fim, serão apresentadas soluções interpretativas para o aperfeiçoamento do controle judicial de legalidade, em sintonia com as premissas estabelecidas nos capítulos anteriores, com a apresentação de pontos que, na visão do trabalho, são merecedores de reforma legislativa.

3.1 Cabimento do acordo e suas vedações

3.1.1 Infração penal sem violência e grave ameaça

O *caput* do art. 28-A traz como requisito para o cabimento do ANPP que a infração penal não tenha sido cometida com violência ou grave ameaça. Entende-se, majoritariamente, que a violência descrita na norma, para vedar o cabimento do acordo, deve recair sobre a pessoa. Dessa forma, a conduta violenta do agente pode ser comissiva ou omissiva e praticada direta ou indiretamente por ele, reduzindo a capacidade de resistência da vítima e do exercício da sua vontade.¹⁵⁰

No art. 28-A, o legislador não especificou qual forma de violência está abarcada pela norma para fins de avaliação do cabimento do ANPP, o que também não é esclarecido pela doutrina. Desse modo, é necessário que haja uma interpretação sistemática que possa orientar o seu alcance, na medida em que o conjunto de normas penais traz outras modalidades de violência além da física, como psicológica, moral e patrimonial, as quais também devem ser incluídas no âmbito de vedação ao ANPP, desde que exercida contra uma pessoa.

Não se trata aqui de realizar uma analogia que possa levar à vedação ao instituto premial, pois, se assim o fosse, nem a violência física poderia ser vedada, uma vez que o legislador não a especificou de forma literal no art. 28-A, mas sim de se compreender o real alcance da norma, interpretando-a com base na amplitude semântica do termo “violência” e em conjunto com outras disposições penais que se valem de estrutura semelhante.

Pode-se dizer também que, ao vedar a celebração do instituto nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razão da condição

¹⁵⁰ DE BEM, Leonardo Schmitt. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (org.). Acordo de não persecução penal. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2023. P. 270-271.

de sexo feminino (art. 28-A, §2º), o legislador de fato abrangeu a vedação em comento a outros tipos de violência além da física.

Embora se reconheça a necessidade de se interpretar o sentido da violência para além da modalidade que envolva agressão física, para se evitar situações de ampliação do sentido da norma por meio da decisão judicial, é necessário que os tipos penais descrevam condutas violentas para que possam ser enquadrados no âmbito de vedação ao acordo.

Nesse contexto, menciona-se o acórdão da Segunda Turma do STF no julgamento do RHC 222.599/SC, rel. Min. Edson Fachin, publicado no DJE em 23/03/2023, no qual o colegiado decidiu pela impossibilidade de se celebrar o ANPP nos crimes raciais.¹⁵¹ O cerne da fundamentação vencedora residiu na equiparação dos delitos de crimes raciais à vedação prevista no inciso IV do §2º do art. 28-A do CPP, que busca proteger as vítimas dos delitos de cunho doméstico ou familiar, ou mulheres vítimas de crimes razões da condição de sexo feminino.¹⁵²

No entanto, na visão deste trabalho, o fundamento que leva à vedação à celebração do ANPP aos crimes raciais não é a abrangência pelo inciso IV do §2º do art. 28-A do CPP, como consignado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, mas sim o *caput* do art. 28-A, uma vez que a discriminação racial constitui modalidade de violência contra a pessoa, que está prevista nos delitos da Lei nº 7.716/1989.

Ponto relevante do controle judicial sobre o requisito em comento é analisar o momento em que a violência ou grave ameaça foi praticada, ou seja, se está na conduta ou no resultado, relacionando-a à finalidade subjetiva do agente. Em uma interpretação literal, pode-se dizer que o dispositivo não faz distinção entre a violência ser dolosa ou culposa para o cabimento do acordo de não persecução penal, o que poderia levar ao pensamento de vedar a celebração do acordo para as infrações culposas violentas, como homicídio culposos.

¹⁵¹ “(...) 3. Assim, a delimitação do alcance material para a aplicação do acordo “despenalizador” e a inibição da *persecutio criminis* exige conformidade com o texto Constitucional e com os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro internacionalmente, como limite necessário para a preservação do direito fundamental à não discriminação e à não submissão à tortura – seja ela psicológica ou física, ao tratamento desumano ou degradante, operada pelo conjunto de sentidos estereotipados que circula e que atribui tanto às mulheres quanto às pessoas negras posição inferior, numa perversa hierarquia de humanidades. 4. Considerada, pois, a teleologia da excepcionalidade imposta na norma e a natureza do bem jurídico a que se busca tutelar, tal como os casos previstos no inciso IV do art. 28 do CPP, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) não abarca os crimes raciais, assim também compreendidos aqueles previstos no art. 140, § 3º, do Código Penal (HC 154248).”

¹⁵² Sobre a (im)possibilidade de celebração do ANPP nos crimes raciais: PINTO, Ana Beatriz da Silva; MENON, Gustavo. A eficácia do acordo de não persecução penal aos crimes de racismo: uma análise do RHC 222.599/SC do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, [S. l.], v. 11, n. 1, 2025. DOI: 10.22197/rbdpp.v11i1.1005. Disponível em: <https://rbdpp.emnuvens.com.br/RBDPP/article/view/1005>. Acesso em: 29 abr. 2025.

No entanto, compreende-se que tal diferenciação se mostra necessária na verificação da presença, ou não, de conduta violenta, defendendo-se a possibilidade de celebração do ANPP nos crimes culposos, uma vez que a violência ocorre no resultado, que não foi desejado pelo agente ao praticar a conduta, que se deu por uma negligência, imperícia ou imprudência.¹⁵³ Dessa forma, “crimes culposos que porventura tenham produzido resultado violento ou morte permitem, ao menos em tese, acordo de não persecução penal.”¹⁵⁴

Além do mais, por força do princípio da legalidade, quando a norma penal quer punir uma conduta culposa, deve fazê-lo expressamente. Considerando que o ANPP pode ser um benefício ao imputado, levando à extinção da punibilidade, a interpretação judicial de que a vedação ao acordo pode se dar em razão de uma violência culposa constitui violação à legalidade estrita da previsão penal de punição, ante a taxatividade penal em relação às condutas culposas.

Portanto, nessa linha de raciocínio, somente será vedada a formalização de ANPP caso a violência faça parte da conduta do agente, e não do resultado¹⁵⁵, até porque, como bem pontuado por Lima e Bertoni, não há previsão, no ordenamento jurídico, de tipo penal culposos com os elementos “violência e grave ameaça”.¹⁵⁶

Por fim, para se realizar o controle judicial de legalidade do requisito de a infração não ser cometida mediante violência ou grave ameaça, é crucial que haja um incurso mínimo na base fático-probatória delineada pelo Ministério Público até então. Afinal, na maioria dos casos, não é facilmente perceptível aos sujeitos processuais verificar se a violência residuiu na conduta

¹⁵³ Nesse sentido é o Enunciado 23 do Colégio Nacional de Procuradores Gerais (CNPJ): “É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível.” Também é o entendimento previsto nos Enunciados dos Ministérios Públicos de São Paulo, Goiás e Mato Grosso do Sul (enunciados 74, 32 e Recomendação nº1/2020, respectivamente).

¹⁵⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. Código de processo penal comentado (livro eletrônico). 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

¹⁵⁵ Como apontado por Lima e Bertoni, “nos crimes culposos, o desvalor recai sobre a conduta (comissiva ou omissiva) e não sobre o resultado. Vale dizer, o juízo de censura outorgado à conduta criminosa culposa reside em eventual imprudência, negligência ou imperícia praticada pelo agente e cujo elemento subjetivo encontra-se dissociado de um *querer causar o resultado*, ainda que esse resultado carregue consigo violência. Assim é que, por não se poder atribuir ao acusado a intenção de praticar uma conduta com emprego de violência ou grave ameaça, não se perfaz restringir a aplicação do instituto.” LIMA, Camile Eltz de; BERTONI, Felipe Faoro. Crimes culposos. In: WUNDERLICH, Alexandre; MARTINS-COSTA, Antônio; LIMA, Camile Eltz de; OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de; BERTONI, Felipe Faoro; RAMOS, Marcelo Butteli; CANTERJI, Rafael Braude. Acordo de não persecução penal e colaboração premiada após a Lei Anticrime. 1. ed. São Paulo: TIRANT lo Blanch, 2022. p. 82.

¹⁵⁶ Os autores também pontuam que “De qualquer maneira, teria acertado o legislador se houvesse seguido o racional autorizador da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois ficou translúcida a possibilidade abrangente para os crimes culposos, independente se cometidos ou não com violência ou grave ameaça à pessoa (...) – o que, no nosso ver, está a reforçar que sendo o crime culposos desimporta qualquer elementar de violência ou grave ameaça e ainda se são constitutivas ou não do crime.” *Ibidem*, p. 83-84.

ou no resultado, o que demanda a oportunização de um contraditório prévio ao oferecimento da denúncia e do acordo – que atualmente não existe – para fins de um melhor controle da legalidade associada ao ANPP.

Isso porque, em determinadas situações, a defesa é que terá condições de apresentar elementos de convicção que atestem se ocorreu a violência que lhe foi imputada, permitindo ao magistrado realizar o controle judicial e determinar, se for o caso, que as instâncias superiores do MP reavaliem a postura de recusar o acordo.

Por outro lado, a necessidade de que haja um controle da legalidade também se dá pela própria necessidade de tutela do interesse da vítima, ainda mais pelo fato de não existir sua participação na decisão sobre oferecimento do acordo nos casos de ação penal pública incondicionada. A título de exemplo, o magistrado pode ter a convicção de que a investigação preliminar produziu elemento probatório que permite aferir que a infração penal foi cometida com violência ou grave ameaça e tal circunstância não ter sido percebida pelo Ministério Público, o que demandaria a rejeição do acordo.

Portanto, a necessidade do controle judicial da legalidade pode influenciar significativamente a conclusão sobre a viabilidade da propositura do ANPP, em especial na interpretação se o fato foi ou não cometido com violência ou grave ameaça.

3.1.2 Pena mínima inferior a quatro anos: critérios de verificação

O *caput* do art. 28-A do CPP estabelece como um dos requisitos para a celebração do acordo de não persecução penal que a infração tenha pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, sendo que o §1º do mesmo dispositivo ainda exige que a “pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo” deverá levar em conta “as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto”.

O legislador, ao estabelecer uma pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, fez uma opção por ampliar a incidência da justiça penal negocial¹⁵⁷, o que desperta críticas sobre o fato de permitir, ao menos em tese, a celebração de acordos para crimes graves, como organização criminosa e contra a administração pública, em especial na possibilidade de gerar uma proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado.¹⁵⁸

¹⁵⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 61.

¹⁵⁸ DE BEM, Leonardo Schmitt. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (org.). Acordo de não persecução penal. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido,

A despeito do debate sobre a escolha de política criminal realizada pelo legislador, outro ponto igualmente relevante e que constituiu objeto deste estudo é sobre como deve ser realizado o controle de legalidade de aferição da pena mínima pelo magistrado.

Levando em consideração que somente serão analisadas as causas de aumento e de diminuição aplicáveis ao caso concreto, seria necessário aplicar a que mais reduza e a que menos aumente.¹⁵⁹ Concorde-se que “não se deve buscar a definição concreta da pena da suposta infração, senão o que se exige é um controle do alcance mínimo de pena em abstrato a partir da incidência das causas majorantes ou minorantes.”¹⁶⁰

Dessa forma, ao identificar o caso concreto, o membro do Ministério Público indicará as causas de aumento ou diminuição aplicáveis e as sopesará com a menor quantificação possível sobre a imputação, a fim de verificar se a pena mínima ultrapassará ou não o limite de 4 (quatro) anos.¹⁶¹

O controle judicial da legalidade desse ponto deve recair sobre a opção feita do Ministério Público. É dizer, se, a partir da investigação preliminar, foram feitas a correta imputação do tipo penal e consideração das majorantes e minorantes da forma menos onerosa ao imputado, o que demanda certo grau de cotejo com a base fático-probatória dos autos. Deve-se ainda levar em consideração que, para os fins de aferição da pena mínima para o cabimento do ANPP, não é realizado um juízo de culpabilidade, mas sim uma análise se a imputação em abstrato alcança a pena mínima para a celebração do acordo.

Ponto que suscita desafios práticos em sua aplicação no controle judicial é quando se está diante da análise do cabimento do acordo de não persecução penal em caso envolvendo concurso de crimes. Em uma primeira leitura, pode-se dizer que o art.28-A não traz especificações quanto ao tratamento do acordo de não persecução penal em caso de concurso de crimes.

No entanto, o §1º estipula que “Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis

2023. p. 263. Em sentido crítico à ampliação: NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 71.

¹⁵⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 62. Nesse sentido: MENDONÇA, Andrey B. Acordo de não persecução penal e o pacote anticrime (Lei 13.964/2019). In: GONÇALVES, Antonio B. (coord.). Lei anticrime. São Paulo: RT, 2020. p. 284.

¹⁶⁰ DE BEM, Leonardo Schmitt. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (org.). Acordo de não persecução penal. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023. p. 264-265.

¹⁶¹ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. Acordo de não persecução penal. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020. p. 82.

ao caso concreto.” Assim, verificada a presença de minorante, ela deverá ser aplicada em grau máximo e, presente a majorante, ela será computada no seu patamar mínimo.

Dessa forma, considerando que os três institutos jurídicos previstos em lei para o concurso de crimes (concurso material do art. 69 do CP; concurso formal do art. 70 e crime continuado do art. 71) são aplicados na terceira fase da dosimetria da pena, por meio das suas causas de aumento e exasperação, eles devem ser considerados para fins de análise da pena mínima e do cabimento do acordo de não persecução penal.

Assim, para o cálculo de verificação da pena mínima em caso de concurso de crimes, na hipótese do concurso material será aplicada a soma das penas mínimas; no caso do concurso formal será aplicada a menor fração de aumento sobre a pena mais grave e, no crime continuado, também o menor acréscimo previsto.¹⁶²

Apesar de a disposição do art. 119 do Código Penal prever que, para fins de extinção da punibilidade, cada crime terá a sua prescrição analisada isoladamente, ou seja, não incidindo no cálculo as causas de aumento provenientes da pluralidade delitiva, tal prática não é possível para a análise do cabimento do ANPP em virtude da disposição do §1º do art.28-A, devendo se aplicar a jurisprudência sobre o concurso de crimes na suspensão condicional do processo.¹⁶³

Ainda que o concurso de crimes seja de um mesmo tipo penal, deve ser considerado, para fins de verificação da pena mínima, o resultado da soma ou exasperação mínima das penas. Nesse contexto, em julgamento recente da Segunda Turma do STF, decidiu-se que “imputada à ré a prática de nove condutas delituosas, em concurso material, deve ser considerada, para a oferta de ANPP, a pena mínima de todas as infrações somadas, não a pena mínima do único tipo penal.”¹⁶⁴

¹⁶² WUNDERLICH, A.; LIMA, C. E. de; MARTINS-COSTA, A.; RAMOS, M. B. Acordo de não persecução penal. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 26, p. 49–50, 2020.

¹⁶³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 65. Consubstanciando o posicionamento de que deve ser considerado para a verificação da pena cabível ao acordo penal é sentido da súmula 243 do STJ: “O benefício da suspensão condicional do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1(um) ano.” Também a súmula 723 do STF: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.”

¹⁶⁴ AgRg no RHC nº 243.813/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicado em 02/09/2024. Também considerando a soma mínima do concurso de crimes para fins de verificação do cabimento do ANPP: AgRg no HC nº 201.610/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, STF, julgado em 21/06/2021. De igual forma é a jurisprudência do STJ: Edel no Resp nº2106948/SP, relator Ministro Jesuino Rissato, decisão monocrática proferida em 18/06/2024; AgRg no RHC n. 152.756/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 20/9/2021; AgRg no HC n. 656.789/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/4/2021, DJe de 26/4/2021.

Outro aspecto que demanda análise é a possibilidade de se realizar o acordo de não persecução penal de maneira parcial, é dizer, apenas sobre parcela das imputações feitas pelo Ministério Público, quando uma ocorreu com violência ou grave ameaça e a outra não, questão essa não regulamentada, e nem vedada, pelo legislador.

O primeiro ponto a se analisar é se o somatório das penas, com a aplicação do concurso de crimes, está alinhado ao patamar mínimo permitido para o ANPP. Caso positivo, há quem entenda por ser suficiente a celebração do acordo em relação somente ao tipo penal que não envolve violência, grave ameaça ou praticado no contexto da vedação do art. 28-A, §2º, IV, levando ao oferecimento da denúncia em relação à imputação não passível de acordo.¹⁶⁵

No entanto, discorda-se desse entendimento, compreendendo-se que, além da configuração da pena mínima somada ser inferior aos quatro anos – em estrita observância ao art. 28-A do CPP –, também é necessário verificar o contexto da possível acusação. Isso porque, ainda que o tipo penal analisado isoladamente não descreva conduta praticada com violência ou grave ameaça, o delito pode ter sido praticado para auxiliar, favorecer ou ser decorrente de conduta central praticada com violência ou grave ameaça, o que inviabilizaria a proposição de acordo de não persecução penal.

Dessa forma, deve-se analisar cada modalidade de concurso de crimes e o contexto de cada acusação para concluir sobre a possibilidade ou não de realizar um acordo de não persecução penal parcial, com um escrutínio aprofundado do grau de conexão entre as imputações.

Em se tratando de concurso material, previsto no art. 69 do Código Penal, há uma pluralidade de condutas delitivas, idênticas ou não. Chama a atenção o fato de o parágrafo primeiro vedar a realização de substituição parcial da pena restritiva de direitos, enquanto o segundo autoriza a substituição cumulativa¹⁶⁶, o que poderia levar a uma interpretação de que tal vedação se estenderia ao acordo de não persecução penal.

Porém, como o legislador não estipulou vedação ao acordo parcial, compreende-se que se trataria de uma analogia em prejuízo ao acusado. Afinal, partindo-se de uma verificação da

¹⁶⁵ Nesse sentido, defende Cabral: “No entanto, caso o concurso de delitos leve a pena mínima a ser inferior a quatro anos, não vejo nenhum problema em celebrar-se o acordo de não persecução com relação ao crime que não incide a vedação do inciso IV, § 2º, art. 28-A, do CPP, oferecendo-se denúncia com relação ao outro delito, em que incide a proibição”

¹⁶⁶ Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

§ 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

natureza das imputações, se uma delas tiver sido de natureza culposa, não haveria óbice para a sua aplicação parcial, caso o somatório em virtude do concurso material resulte em pena mínima inferior a quatro anos. Da mesma forma, ainda que um dos crimes tenha sido doloso e dissociado de uma das vedações incorridas pelo outro crime, a conexão também seria possível.

Por sua vez, na hipótese de o contexto do caso concreto apontar para uma forte conexão entre os delitos, ainda que um deles não se amolde à vedação em abstrato, entende-se que não deve ser permitida a celebração do acordo, pois o imputado teria agido com o elemento subjetivo de favorecer o outro delito violento. De igual maneira, no concurso formal, sustenta-se que deve haver a verificação do grau e da característica da conexão entre os crimes resultados de uma única conduta, para o cabimento ou não do ANPP parcial.

Em relação ao crime continuado, importante salientar de plano a sua distinção do criminoso habitual, reiterado ou profissional, cuja hipótese é vedada a celebração do ANPP por força do §2º, II, do art. 28-A. Em linhas gerais, o crime continuado, previsto no art. 70 do CP, é uma figura jurídica criada para aplicar uma só pena, exasperada à pluralidade de crimes praticados em um mesmo contexto fático, em condições semelhantes de tempo, lugar e forma de execução. O criminoso habitual, reiterado ou profissional, por sua vez, é utilizado para classificar o agente que tem inerente à sua forma de viver, por hábito ou profissão, a prática de condutas criminosas.¹⁶⁷ Portanto, o crime continuado não se enquadra na vedação do §2º, II, do art. 28-A do CPP.¹⁶⁸

Na medida em que a verificação do crime continuado exige que a pluralidade da conduta delitiva tenha sido praticada em um mesmo contexto, compreende-se pela impossibilidade de se permitir a celebração do ANPP parcial nesses casos, a menos que o fundamento da aplicação da continuidade não tenha recaído sobre uma união de desígnios entre o crime com vedação para a celebração do acordo e o outro que, em abstrato e isoladamente, não apresentaria uma das vedações.

O concurso de crimes aplicado ao acordo de não persecução penal exige uma precisa delimitação da conduta delitiva que, por vezes, pode suscitar dúvidas no enquadramento, capazes de afetar o cabimento do instituto. Uma delas é a utilização do concurso de crimes como excesso acusatório (*overcharging* horizontal), o que demanda um controle judicial efetivo

¹⁶⁷ MESSIAS, Mauro. Acordo de não persecução penal: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 37.

¹⁶⁸ Nesse sentido: FEITOSA DE OLIVEIRA, A.; RIBEIRO MEIRELES, R. O acordo de não persecução penal e o crime continuado. Boletim IBCCRIM, [S. l.], v. 30, n. 353, p. 13–15, 2024.

para verificar, ainda que sem juízo de culpabilidade, se a imputação lançada corresponde ao enquadramento necessário da narrativa acusatória.

Outra necessidade de fortalecimento do controle judicial no que se refere ao concurso de crimes é a verificação de hipótese de consunção ou absorção delitiva, é dizer, quando um crime meio for absorvido pelo crime fim. Como o não oferecimento do ANPP não prevê o controle judicial, tal ponto seria, a partir da provocação da defesa, analisado pela instância superior do Ministério Público.

Diante das problematizações que o aplicação do concurso de crimes pode trazer ao cabimento do acordo, a ideia de projeto de lei que será apresentada buscará uma melhor delimitação da relação entre os institutos. O incidente processual que se propões permitirá que, antes do oferecimento do acordo e da própria denúncia, o Ministério Público faça uma delimitação acusatória e justifique o cabimento ou não do acordo, com a possibilidade de manifestação defensiva em seguida. Desse modo, anteriormente ao próprio controle judicial, a parte poderá questionar, por exemplo, eventual parâmetro de aferição da pena mínima e suscitar hipóteses que podem afastar o concurso de crimes.

3.1.3 Se for cabível transação penal

O art. 28-A, por meio do §2º, I, também estabelece a vedação à celebração do acordo de não persecução penal se for possível firmar transação penal ao tipo imputado. O legislador optou por separar as hipóteses de incidência do ANPP e da transação penal, reservando a esta as infrações penais de menor potencial ofensivo. Desse modo, se a pena máxima não for superior a 2 (dois) anos e preenchidos os demais requisitos do art. 76 da Lei nº 9.099/95, será cabível a transação penal, não sendo possível a celebração do ANPP.

Alguns desses pontos demandam atenção do controle judicial quanto à legalidade na propositura do acordo. Nesse sentido, ao analisar a proposta de ANPP, o magistrado deve verificar se não é cabível a transação penal, devendo recusar a homologação do acordo se cabível a transação, nos termos do §8º do art. 28-A, devolvendo os autos ao Ministério Público para que se manifeste.

Outra situação é quando a infração penal atinge o *quantum* de pena possível para a celebração da transação penal, mas há a incidência de alguma hipótese de vedação prevista no §2º do art. 76 da Lei nº 9.099/95. Nesse caso, poderia haver o oferecimento do ANPP, uma vez

que a transação penal não seria cabível.¹⁶⁹ Assim, o acordo de não persecução penal seria oferecido subsidiariamente no próprio Juizado Especial, que é o juízo competente para as infrações penais de menor potencial ofensivo.

Ainda, se houver a recusa por parte do autor do fato em celebrar o instituto do art. 76 da Lei nº 9.099/95, não lhe poderá ser oferecida proposta de ANPP, uma vez que a transação lhe era cabível. Assim, por não envolver a necessidade de confissão e poder veicular condições mais brandas, o legislador optou por priorizar a celebração da transação penal em face ao ANPP, quando preenchidos os requisitos legais.¹⁷⁰

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

Outra vedação ao ANPP, de índole subjetiva, está presente no §2º, II, do art. 28-A, que impede a celebração do instituto “se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas”.

O dispositivo em comento apresenta uma série de requisitos subjetivos para o cabimento do acordo. Inicialmente, o conceito legal de reincidência está exposto nos arts. 63 e 64 do Código Penal¹⁷¹, estando caracterizada quando o agente comete um crime após o trânsito em julgado de sentença condenatória, no Brasil ou no estrangeiro. Não são considerados no cômputo a superação do período de 5 (cinco) anos entre o cumprimento ou extinção da pena anterior e o crime posterior, incluindo o período de prova da suspensão da pena (*sursis*) e do livramento condicional caso não haja revogação. Também são excluídos a prática de crimes militares próprios.

Há críticas no sentido de que a utilização da reincidência como vedação ao acordo violaria o princípio *ne bis in idem*, já que se “acaba não apenas retornando ao passado, mas se

¹⁶⁹ FONSECA, Caio Nogueira Domingues da. O controle judicial no acordo de não persecução penal. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2024. p. 269.

¹⁷⁰ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Dialética, 2020. p. 100.

¹⁷¹ “Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.”

desprendendo do presente e, como tal, viola o princípio da legalidade, pois a proposta pode deixar de ser ofertada pelo crime imputado ao investigado em razão da reavaliação de um delito que não é objeto do acordo”.¹⁷²

No entanto, discorda-se de tal entendimento, na medida em que a legislação penal apresenta inúmeros reflexos da reincidência: *(i)* aplicação enquanto circunstância agravante na segunda fase da dosimetria da pena (art. 61, I, CP), podendo ser utilizada ainda como circunstância preponderante (art. 67, CP); *(ii)* óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44, II, CP); e *(iii)* impedir a celebração da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95).

Dessa forma, não é possível afirmar que a vedação do ANPP no caso reincidência viola o princípio da legalidade, na medida em que se trata de uma opção legítima do legislador. Ainda, como o ANPP é um instituto que busca evitar a ação penal, nada mais natural que o seu foco seja incluir os acusados primários, “visto que os acordos penais, em geral, direcionam-se a pessoas sem histórico criminal, com o objetivo de assegurar um tratamento mais benéfico a quem ainda não havia praticado infrações anteriormente”.¹⁷³

Para fins de controle judicial quanto ao aspecto da legalidade, discute-se a possibilidade de aplicar analogicamente o disposto no art. 44, II, do Código Penal, que considera como vedação à substituição da pena apenas a reincidência dolosa específica.¹⁷⁴ Apesar de o legislador não ter feito a mesma especificação das penas restritivas de direito na reincidência para fins de ANPP, conferiu-se margem de interpretação no §2º, II, do art. 28-A, ao estabelecer a exceção “se insignificantes as infrações penais pretéritas”. Logo, a defesa por um raciocínio de restrição da vedação à reincidência dolosa se mostra válida, porquanto se vale do mesmo critério que o legislador utilizou para a substituição da pena privativa de liberdade por restrição de direitos, que inclusive é mais grave que o ANPP.

O dispositivo legal em comento também confere certo espaço de discricionariedade ao Ministério Público, uma vez que os conceitos de conduta criminal habitual, reiterada ou

¹⁷² DE BEM, Leonardo Schmitt. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (org.). Acordo de não persecução penal. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2023. p. 283.

¹⁷³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 73.

¹⁷⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 73.

profissionais carecem de maior precisão¹⁷⁵, o que deve ser limitado por meio da requisição de uma fundamentação precisa e idônea.¹⁷⁶

Compartilha-se da visão de que o cerne da análise judicial sobre esse ponto é “sopesar se o fato constitui fato isolado na vida do agente, ou se este faz da atividade criminosa uma profissão”.¹⁷⁷ Desse modo, deve-se aplicar a Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, a qual veda a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravamento da pena-base, em atenção à presunção de inocência.

Assim, para fins de verificação da conduta habitual, reiterada ou profissional, somente devem ser consideradas as condenações criminais pretéritas que indiquem que o acusado possui recorrência na prática delitiva.¹⁷⁸

Merece destaque o fato de o legislador ter conferido espaço de análise do conjunto fático-probatório na configuração ou não da conduta habitual, reiterada ou profissional do agente, uma vez que tem como requisito “se houver elementos probatórios”. Nesse sentido, para a configuração dessa vedação à oferta do ANPP, deve a acusação se basear em elementos concretos dos autos que o acusado tem uma vida delitiva recorrente.

Tal aspecto reforça uma das premissas deste trabalho, no sentido de que a justiça penal negocial deve ser uma resposta justa e proporcional ao caso concreto, não sendo efetivada apenas em razão de uma manifestação conjunta de vontade das partes. Em consequência, o magistrado deve agir como avalizador da correspondência entre a realidade dos autos e os requisitos legais quanto ao ANPP.

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

Prevista no inciso III, do §2º art. 28-A, a vedação em comento constitui comunicação e integração entre os institutos negociais, com exceção da colaboração premiada. Desse modo, o

¹⁷⁵ Vasconcellos alerta que “ Parece que o legislador não se referia ao conceito de ‘crime habitual’, mas pretendia, ao mencionar ‘conduta criminal habitual, reiterada ou profissional’ abranger situações em que o autor do fato tenha um envolvimento prolongado e regular com a prática de infrações penais.” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 74

¹⁷⁶ FONSECA, Caio Nogueira Domingues da. *O controle judicial no acordo de não persecução penal*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2024. p. 270.

¹⁷⁷ FONSECA, Caio Nogueira Domingues da. *O controle judicial no acordo de não persecução penal*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2024, p. 270.

¹⁷⁸ FONSECA, Caio Nogueira Domingues da. *O controle judicial no acordo de não persecução penal*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2024, p. 271.

investigado não terá direito ao ANPP se, nos 5 (cinco) anos anteriores ao fato, tiver celebrado outro acordo de não persecução penal, transação penal ou sido beneficiado por suspensão condicional do processo.

A exigência desse requisito negativo traz a necessidade de mais um elemento a ser avaliado pelo imputado no momento de celebrar qualquer instituto negocial e reforça a necessidade de haver um controle da investigação preliminar, evitando que a celebração dos acordos penais constitua uma solução mais cômoda aos sujeitos processuais, uma vez que pode gerar repercussão na possibilidade futura de celebração do ANPP em outro caso.¹⁷⁹

Ponto importante é que o dispositivo deixa claro que somente será vedado caso uma das hipóteses de instituto negocial tenha sido formalizada nos 05 (cinco) anos anteriores à data do fato, e não ao oferecimento de um novo acordo. Essa diferenciação é relevante na medida em que existem compreensões no sentido de que o simples oferecimento de ANPP em momento anterior, dentro desse lapso temporal, levaria à vedação de oferta de um novo.¹⁸⁰

Discorda-se desse entendimento, ante a taxatividade do texto legal – “ter sido o agente beneficiado” –, na medida em que não há como gerar benefício sem que haja a homologação do ANPP, sendo este o marco temporal de aferição do requisito¹⁸¹, e não o cumprimento do acordo anterior.¹⁸²

Portanto, como a decisão em celebrar ou não o ANPP pode gerar consequências futuras para outros casos em que o agente possa estar envolvido, reforça-se a interpretação apresentada

¹⁷⁹ Nesse sentido, como bem pontuam Oliveira e Canterji: “A presente previsão traz a necessidade de ainda mais cautela à decisão de aceitar proposta de transação penal, assim como reforça a importância de se analisarem os requisitos para oferecimento de denúncia antes do oferecimento de transação penal. O alerta aqui é importante. O aceite da transação penal não pode ser concebido como uma saída mais cômoda ao autor do fato em um processo de competência do Juizado Especial Criminal. A vedação do art. 28-A, §2º, III, traz mais uma consequência decorrente da aceitação de tal oferta e que deve ser do conhecimento do investigado.” OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de; CANTERJI, Rafael Braude. Ausência de anterior de transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal. In: WUNDERLICH, Alexandre; MARTINS-COSTA, Antônio; LIMA, Camile Eltz de; OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de; BERTONI, Felipe Faoro; RAMOS, Marcelo Butteli; CANTERJI, Rafael Braude. Acordo de não persecução penal e colaboração premiada após a Lei Anticrime. 1. ed. São Paulo: TIRANT lo Blanch, 2022. p.78.

¹⁸⁰ Nessa linha: “Para que a proposta do acordo seja válida quanto à infração imputada, necessariamente o Ministério Público deverá comprovar que o investigado não fora contemplado por nenhuma outra benesse nos cinco anos anteriores. Como dito acima, a não oferta da transação, ao menos na letra da lei, favorece a um possível acordo. Mas, se a razão impeditiva da transação se relacionar com a oferta anterior de idêntica proposta, no quinquídio, haverá a extensão deste efeito ao acordo, afastando-o igualmente (art. 28-A, §2º, III)”. DE BEM, Leonardo Schmitt. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (org.). Acordo de não persecução penal. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2023. p. 274. De igual forma: BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Dialética, 2020. p. 108.

¹⁸¹ Nesse sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 78.

¹⁸² Com o mesmo pensamento: GEBRAN NETO, João P.; ARENHARDT, Bianca G. C; MARONA, Luís F. G. Comentários ao novo inquérito policial. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 297-298; CABRAL, Rodrigo L. F. Manual do acordo de não persecução penal. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 179.

nesta tese no sentido de que o juiz, no controle da voluntariedade e da legalidade, deve verificar se o imputado tem conhecimento de outros procedimentos investigatórios ou processos em curso contra ele para que, junto com a defesa técnica, possa tomar a decisão mais lhe convém dentro do seu direito constitucional à ampla defesa.

3.1.6 Nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor

A última vedação estipulada pelo §2º do art. 28-A é a impossibilidade de celebração do acordo de não persecução penal “nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor”, prevista no inciso IV do aludido dispositivo.

A finalidade da vedação é evitar que crimes no ambiente doméstico e familiar, bem como contra o gênero feminino em função dele, sejam passíveis de celebração do acordo de não persecução penal, seguindo a tendência que já acontece em outros institutos negociais.¹⁸³

A primeira parte da vedação, que é o crime ser praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, não apresenta como critério o gênero da vítima, podendo ser qualquer pessoa do âmbito doméstico ou familiar do agente.¹⁸⁴ Em sentido contrário, há corrente que entende pela restrição da norma às situações de violência de gênero.¹⁸⁵

Como o ambiente doméstico e familiar não se restringe ao gênero feminino, entende-se que a norma buscou proteger outros gêneros, desde que esteja inserido em um dos dois ambientes. A condição do gênero feminino está presente somente na segunda parte do dispositivo, uma vez que independe do ambiente em que a vítima está inserida, bastando que o delito tenha sido praticado em função de tal condição. Para fins de controle judicial da

¹⁸³ A Lei Maria da Penha, por meio do artigo 41 veda a celebração da transação penal e da suspensão condicional do processo: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.” No mesmo sentido é a súmula 536 do STJ: “A suspensão condicional do processo e a transação não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.”

¹⁸⁴ De igual modo: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: Juspodivm, 2020, p. 103; : VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 70.

¹⁸⁵ FONSECA, Caio Nogueira Domingues da. O controle judicial no acordo de não persecução penal. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2024. p. 276.

legalidade, merece destaque o fato de que deve estar configurado o dolo específico do agente de praticar o crime em função da condição do gênero feminino.¹⁸⁶

3.1.7 Cabimento superveniente do ANPP

O momento para a celebração do acordo de não persecução penal desperta diversos desafios práticos na aplicação do instituto. Embora o art. 28-A do CPP preveja que a proposta do acordo deve ser apresentada antes do oferecimento da denúncia, o texto legal não aborda a possibilidade de sua aplicação em momento superveniente, com a propositura de ANPP durante a instrução penal e já em grau recursal, por exemplo.

A primeira discussão sobre o aspecto temporal na propositura do ANPP se deu quanto à possível retroatividade do instituto, para aplicá-lo aos processos em curso anteriores à Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Embora essa questão não seja objeto do presente trabalho, alguns fundamentos associados ao debate podem ser extraídos, para a defesa da possibilidade do cabimento superveniente do ANPP a processos que se iniciaram após a entrada em vigor do Pacote Anticrime.

Sobre a retroatividade do acordo, em linhas gerais, discutia-se a respeito da natureza jurídica da norma e o alcance da sua retroatividade.¹⁸⁷ A controvérsia foi decidida no julgamento, pelo Plenário do STF, do HC 185.913/DF, oportunidade em que prevaleceu o entendimento de que, por ser norma de natureza híbrida (material-processual), é possível a aplicação retroativa do instituto aos casos penais em curso quando da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, devendo haver a manifestação do Ministério Público, por livre iniciativa, de ofício ou por provocação da defesa sobre o cabimento ou não do acordo, desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da ação penal.¹⁸⁸

¹⁸⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 71; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: Juspodivm, 2020, p. 113

¹⁸⁷ Como apontado por Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Martinelli, “há duas soluções mais amplas (tese A) irretroatividade e (tese B) retroatividade. Essa última, contudo, com diversas frentes: (B.1) retroação até o recebimento da denúncia; (B.2) retroação, desde que o réu não tenha sido sentenciado; (B.3) retroação, mesmo em grau recursal. Há outra posição (tese C), ainda com tímida adesão jurisprudencial, e favorável à retroatividade aos casos já definitivamente julgados.” DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo: O respeito à constituição federal na aplicação retroativa do ANPP. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (org.). Acordo de não persecução penal. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2023. p. 123-124.

¹⁸⁸ O STF, no julgado, também fixou o entendimento de que o acordo de não persecução penal não é direito subjetivo do acusado; a confissão para fins de ANPP pode ocorrer após a conclusão da investigação preliminar e antes do trânsito em julgado e a discricionariedade do Ministério Público é limitada aos requisitos legais e submetida ao controle interno e judicial.

Da análise do acórdão, é possível concluir que o cabimento superveniente do ANPP não foi o principal tema debatido, restando questões ainda passíveis de resolução. Ademais, também não houve discussão individualizada quanto ao cabimento superveniente do ANPP após a entrada em vigor do Pacote Anticrime, tendo havido debate apenas sobre o alcance da retroatividade aos processos iniciados antes da previsão legal do acordo.¹⁸⁹

Desse modo, compreende-se que os fundamentos lançados pelo Supremo Tribunal Federal no HC 185.913/DF para estabelecer o trânsito em julgado como limite da aplicação retroativa também podem ser aplicados para possibilitar o cabimento superveniente, nos casos iniciados após a Lei nº 13.964/2019.

Nesse sentido, tratando sobre a retroatividade, o voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, pontuou que a natureza do acordo é ser alternativo à persecução penal, de forma que eventual celebração do acordo durante o processo “pode ser extremamente útil para resolver inúmeros casos em andamento e contribuir para desafogar o congestionamento do judiciário em termos utilitários”.¹⁹⁰ Para defender a retroatividade da norma com a possibilidade de celebrar o ANPP aos casos anteriores até o trânsito em julgado, o voto também reconhece a possibilidade de se celebrar a transação penal e a suspensão condicional do processo em momento superveniente, se houver a desclassificação da conduta ou sentença penal parcialmente condenatória, nos termos da Súmula nº 337 do Superior Tribunal de Justiça.¹⁹¹

Em sentido contrário, defendendo a limitação da retroatividade do ANPP às ações penais que não possuem sentença proferida e corroborando a jurisprudência anterior da Primeira Turma do STF¹⁹², o Ministro Alexandre de Moraes sustentou que “o acordo é de não persecução penal, não é de substituição da pena aplicada; sem mencionar eventual quadro de incoerência na hipótese em que o magistrado, para retribuição e prevenção do crime, tenha fixado determinada pena e, posteriormente, é submetida ao seu juízo homologação de acordo mediante

¹⁸⁹ Essa ponderação foi feita, em manifestação oral, pelo Ministro Alexandre de Moraes ao final do julgamento, conforme se vê na p. 242 do inteiro teor do acórdão: “Um último ponto, Presidente, que me parece que não foi discutido à época dos debates, no último item - e nós conversamos muito, debatemos muito -, é que essa tese serve exatamente para os casos em transição, aqueles que estavam já em curso na entrada em vigência da lei. Após isso, a lei é muito clara: só cabe o ANPP antes do oferecimento da denúncia. Contudo, no último item, estamos abrindo uma possibilidade ainda não prevista em lei: caberia, daqui para frente, o ANPP já com o oferecimento da denúncia. Parece-me que isso não chegou a ser debatido.”

¹⁹⁰ P.36 do inteiro teor do acórdão.

¹⁹¹ Súmula 337 do STJ: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.”

¹⁹² HC 232334 AgR, rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 17/10/2023; RE 1448728 AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 14/9/2023; HC 199950, rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 18/6/2021; HC 191124 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 13/4/2021; HC 191.464-AgR/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 26/11/2020; RHC 222072 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 16/3/2023; HC 229525 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 25/8/2023; HC 228760 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 7/8/2023; RHC 226525 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 7/6/2023.

condições mais brandas.”¹⁹³ Esse posicionamento também é coerente com o argumento de que a confissão após a sentença, em caso de se permitir o acordo superveniente, seria inócua para o Ministério Público e não atenderia ao objetivo político-criminal da norma.¹⁹⁴

Há autores que igualmente entendem que o ANPP só pode ser celebrado antes do oferecimento da denúncia, sob os argumentos de que: (i) a sentença criminal frustraria os objetivos do instituto premial; (ii) a celebração do instituto após a sentença transformaria o ANPP em uma barganha da pena imposta; (iii) a fixação da pena já demonstra o que o Estado entende como necessário e suficiente na prevenção e retribuição; e (iv) o acordo não constitui direito subjetivo do acusado.¹⁹⁵

Na visão que aqui se adota, a aplicação dos fundamentos utilizados não se diferencia entre o marco temporal dos casos, pois se trata de uma questão de entendimento sobre a possibilidade de celebração do ANPP além da fase anterior ao oferecimento da denúncia. Por uma interpretação sistemática, tanto a transação penal quanto a suspensão condicional do processo possuem marco processual delimitado em seus dispositivos, como acontece com o acordo de não persecução penal, mas ainda assim, caso haja a desclassificação típica ao longo do processo, é possibilitada a celebração superveniente.

Percebe-se pela redação do art. 89 da Lei nº 9.099/95 que o legislador optou, assim como no ANPP, pelo termo “poderá” para se referir ao oferecimento da proposta e estabeleceu o momento processual como sendo concomitante ao oferecimento da denúncia. Portanto, não há razão objetiva para diferenciar a possibilidade de propositura superveniente do ANPP das situações vinculadas aos outros institutos negociais, tampouco de excepcionar a aplicação superveniente a um marco temporal na ação penal (se antes ou depois da publicação da Lei nº 13.964/2019).

Além da fase recursal, Vinicius Vasconcellos apresenta quatro hipóteses capazes de suscitar o cabimento superveniente do ANPP:

“1. em caso de alteração da denúncia ou procedência parcial da pretensão acusatória, ou seja, em situação de ‘mutação da imputação penal atribuída ao acusado, 2. se, em sede de controle interno da recusa ministerial (art. 28-A, §14), houver alteração da recusa ao ANPP apresentada pelo representante do MP originalmente; 3. se o ANPP não foi oferecido anteriormente sem a devida motivação

¹⁹³ P. 64 do inteiro teor do acórdão.

¹⁹⁴ CABRAL, Rodrigo Leite. Manual do acordo de não persecução penal. JusPodivm, 2020. p. 213.

¹⁹⁵ AGUIAR, Julio Cesar de; CORDEIRO, Nefi; AGUIAR, Mirella de Carvalho. O momento processual adequado para propositura de acordo de não persecução penal e a aplicação de direito intertemporal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 194. ano 31. p. 181-220. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2023.

do MP quanto à recusa ou se o imputado não foi cientificado da recusa; 4. se o imputado não foi encontrado e foi oferecida denúncia para citação por edital.”¹⁹⁶

Décio Oliveira, por sua vez, elenca as seguintes hipóteses passíveis de garantir a celebração do acordo de não persecução penal no decorrer do processo criminal: *(i)* denúncia oferecida sem manifestação do Ministério Público quanto ao ANPP, estando presentes os requisitos objetivos do art. 28-A do CPP; *(ii)* notificação do investigado somente pela imprensa oficial; *(iii)* retroatividade da lei penal híbrida mais benéfica; e *(iv)* desclassificação da conduta para outra de menor gravidade.¹⁹⁷

Pode-se dizer, a partir de uma interpretação literal, que a opção do legislador por posicionar a oferta do ANPP após a conclusão da investigação preliminar e antes do oferecimento da denúncia vedaria a possibilidade de celebração superveniente. No entanto, como o instituto se insere em um contexto de política criminal que busca desafogar o sistema carcerário brasileiro – desjudicialização de delitos de médio potencial ofensivo, sem violência ou grave ameaça – e, ao mesmo tempo, atender às funções preventiva e retributiva da sanção penal, defende-se a possibilidade de celebração posterior do ANPP até o trânsito em julgado da ação penal.¹⁹⁸

Além disso, o acordo de não persecução penal deve corresponder a uma solução justa a partir da correta imputação ancorada nas provas dos autos:

“Se o Tribunal, por exemplo, alterar um tipo penal ou determinar a aplicação de uma minorante, tornando cabível o ANPP, isso, em verdade, era o correto desde o início da persecução penal. Ou seja, o autor do fato, inclusive, foi submetido injustamente ao processo penal sem necessidade, visto que deveria ter sido considerado o cabimento do acordo. Portanto, se houver provimento do recurso que resulte em cabimento abstrato do ANPP, deve-se oportunizar a manifestação motivada do órgão acusador sobre o oferecimento ou não do mecanismo”.¹⁹⁹

Dessa forma, compreende-se que a realização do controle judicial no acordo de não persecução penal pode se dar: *(i)* ao longo da instrução penal em primeira instância; *(ii)* entre a sentença e antes da abertura do prazo recursal; *(iii)* e em sede recursal, antes do trânsito em julgado.

¹⁹⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p.155.

¹⁹⁷ OLIVEIRA, Décio Viégas. As hipóteses excepcionais de cabimento do Acordo de Não Persecução Penal no decorrer do processo criminal. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 83, p.19-33, jan./mar. 2022.

¹⁹⁸ FONSECA, Caio Nogueira Domingues da. O controle judicial no acordo de não persecução penal. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2024. p. 234.

¹⁹⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p.64.

Como não há previsão legal sobre o oferecimento superveniente do acordo de não persecução penal, é necessário fixar parâmetros interpretativos sobre como se proceder ao controle judicial. Dessa forma, o trabalho propõe que os mesmos critérios fixados no HC 185.913/DF para o controle judicial na aplicação retroativa do ANPP devem ser replicados aos acordos supervenientes, nos processos posteriores à Lei nº 13.964/2019.

A dúvida gerada sobre o cabimento superveniente era de qual seria a instância competente para homologação do acordo. Caso a verificação do cabimento do instituto se desse em instância recursal, o julgador relator poderia homologar ou encaminharia os autos à primeira instância para fins de homologação?

Considerando a eficiência processual e a possibilidade de conversão do julgamento em diligência (art. 616 do CPP), o STF entendeu, em relação à aplicação retroativa no HC 185.913/DF, que o controle judicial deve ser realizado pela instância na qual o processo se encontra, sem anulação dos atos processuais anteriores, caso haja rescisão do acordo e seja retomada a persecução penal.²⁰⁰ Como na visão do trabalho não é o critério temporal o fundamento para o cabimento superveniente do ANPP, defende-se que seja adotada a mesma interpretação aos processos posteriores à previsão legal do instituto.

Não se ignoram as consequências e as dificuldades decorrentes da ausência de previsão legal a respeito do controle judicial da celebração superveniente do acordo de não persecução penal. A título de exemplo, o Código de Processo Penal dispõe, no art. 581, XXV, que o recurso em sentido estrito é cabível contra a decisão judicial que não homologa o ANPP, partindo-se da premissa de que o juiz de primeiro grau é o competente para a homologação ou não do acordo. Dessa forma, no caso de decisão monocrática não homologatória de ANPP já em sede recursal, compreende-se que o recurso cabível seja o agravo interno ou regimental, ante a impossibilidade de aplicação fria do CPP nessa hipótese.

Igualmente, há a possibilidade de que a celebração superveniente do acordo de não persecução penal possa gerar prática contraproducente ao sistema de justiça criminal, que é a escolha do acusado em aguardar o transcurso da ação penal para decidir se realiza ou não o

²⁰⁰ “(...) 8. Nas hipóteses de aplicabilidade do ANPP (CPP, art. 28-A) a casos já em andamento no momento da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, a viabilidade do oferecimento do acordo deverá ser avaliada pelo órgão ministerial oficiante na instância e no estágio em que estiver o processo. Se eventualmente celebrado o ANPP, será competente para acompanhar o seu fiel cumprimento o juízo da execução penal e, em caso de descumprimento, devem ser aproveitados todos os atos processuais anteriormente praticados, retomando-se o curso processual no estágio em que o feito se encontrava no momento da propositura do ANPP.(...)”

acordo de não persecução penal²⁰¹ – não obstante compreender-se que essa postura é devidamente acobertada pela garantia constitucional da ampla defesa.

Todavia, é possível coibir essa prática sem prejudicar o cabimento superveniente do ANPP, limitando-o para as hipóteses em que não houver recusa. Desse modo, se o acusado recusar a proposta inicial no primeiro momento processual permitido, na forma do que hoje prescreve o CPP, não poderá fazer jus ao acordo futuramente, ainda que a pena imposta na sentença o permita, sendo a recusa um fator de impedimento absoluto para eventual celebração superveniente.²⁰²

Situação diversa ocorre quando o magistrado verificar o surgimento de novos elementos capazes de alterar a imputação inicialmente feita e determinar a intimação do Ministério Público para se manifestar sobre o cabimento superveniente do ANPP, assim como também pode a defesa postular o acordo se a discussão não estiver processualmente preclusa.

Por fim, pontua-se que a celebração superveniente do ANPP deve ser encarada como uma excepcionalidade, com hipóteses limitadas de cabimento, sendo o momento processual adequado para a celebração do acordo o encerramento da investigação preliminar, na forma em que atualmente previsto pela legislação.

²⁰¹ Essa preocupação foi externada, em relação à aplicação da retroatividade, no julgamento do HC 185.913/DF, como se vê na p. 197 do inteiro teor do acórdão, em manifestação oral do Ministro Alexandre de Moraes: “(...) Agora, a ideia da justiça consensual, a ratio da justiça consensual, que é evitar o processo, não é substituir um processo que já se iniciou, se encerrou no primeiro grau, teve decisão condenatória. Na verdade, não é a ideia nem do plea bargain, que não foi aprovado, havia uma proposta que não foi aprovada, nem do ANPP. O Ministro Flávio trouxe - e essa questão foi muito discutida na Turma, o Ministro Fux se recorda - que, se permitir após a sentença condenatória, nós estaríamos possibilitando uma transação das partes em relação a uma prestação jurisdicional já dada e uma pena já aplicada. Ainda mais, permitindo que vire uma loteria: ‘Eu vou aguardar a minha sanção, no caso, aguardei a minha sanção, para ver se depois eu aceito’.”

²⁰² A respeito da preclusão no acordo de persecução penal: CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia N. (org.). Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília: MPF, 2020.

3.2 Controle judicial do conteúdo do acordo de não persecução penal

3.2.1 Controle judicial da legalidade quanto ao “necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”

O *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal, ao estipular que o acordo de não persecução penal (ANPP) deve ser "necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime"²⁰³, introduz um conceito jurídico indeterminado (ou cláusula aberta), cuja aplicação demanda atividade interpretativa e, por conseguinte, rigoroso controle de legalidade. Trata-se de comando direcionado não apenas à atuação do Ministério Público, mas sobretudo à delimitação dos contornos do controle judicial exercido no momento da homologação do acordo.²⁰⁴

A utilização de cláusulas abertas não é uma novidade no sistema penal brasileiro. Em verdade, o legislador frequentemente se vale de fórmulas semelhantes para permitir a individualização da justiça no caso concreto, como na análise das circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base (art. 59 do Código Penal), que visa estabelecer sanção necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime²⁰⁵, e na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, que depende de juízo de suficiência da medida, nos termos do art. 44, III, do CP. Em ambos os casos, a discricionariedade judicial pressupõe um dever de fundamentação analítica, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal.

No contexto do ANPP, referida cláusula assume uma função particular, tendo em vista que o legislador, ao definir os requisitos objetivos no *caput* do art. 28-A – "prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos" –, já realizou a principal escolha de política criminal, isto é, estabeleceu um universo de delitos para

²⁰³ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O requisito da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do delito para a celebração do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (org.). Acordo de não persecução penal. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023. p. 410.

²⁰⁴ Sobre o tema: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 79-82; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O requisito da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do delito para a celebração do acordo de não persecução penal. . In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (org.). Acordo de não persecução penal. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023. p. 410-418; FONSECA, Caio Nogueira Domingues da. O controle judicial no acordo de não persecução penal. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2024. p. 265-268.

²⁰⁵ Rodrigo Martins e Túlio Januário questionam a compatibilidade do requisito da necessidade e suficiência com o próprio critério de política criminal adotado pelo legislador de promover uma expansão da justiça penal negocial: MARTINS, R.; FELIPPE XAVIER JANUÁRIO, T. . A (in)compatibilidade do requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime nos acordos de não persecução penal / The (in)compatibility of the requirement of necessity and sufficiency to the prevention and reprobation of crime.. Revista Científica do CPJM, [S. l.], v. 2, n. 05, p. 177–224, 2022.

os quais a justiça penal negociada é, em tese, o caminho preferencial. Assim, uma vez preenchidos esses critérios objetivos, presume-se o cabimento do acordo²⁰⁶.

Isso significa que o controle judicial sobre o requisito da "necessidade e suficiência" não deve se converter em um reexame do mérito da política criminal do legislador, nem em uma substituição da valoração do titular da ação penal pela do magistrado.

No que diz respeito ao Ministério Público, isso implica que não deve o intérprete inovar na criação de critérios objetivos não escolhidos pelo legislador para a celebração do acordo. Dessa forma, o não oferecimento de acordo em razão da hediondez do crime, ou da gravidade em abstrato do crime, não seriam fundamentos idôneos.

Especificamente quanto aos crimes hediondos, há uma tendência de orientação dos órgãos superiores do Ministério Público no sentido do não oferecimento, por entenderem que a celebração do acordo não seria necessária e suficiente em tais casos. A Resolução CNMP n. 181, de 7 de agosto de 2017, já previa no art. 18 a impossibilidade de celebração de acordo de não persecução penal em caso de crime hediondo²⁰⁷. Mesmo após a edição da Lei n. 13.964/2019, sem vedação legal nesse sentido, o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União mantém o entendimento de ser incabível a celebração do ANPP para crimes hediondos²⁰⁸.

Enuncia Vasconcellos que “se a vedação estava prevista na Res. 181/17 do CNMP e não foi reproduzida no CPP pela Lei nº 13.964/19, não há mais disposição expressa nesse sentido

²⁰⁶ Nesse sentido, Perez e Pascolati Junior trazem importantes considerações de que a discricionariedade da necessidade e suficiência do acordo é limitada aos outros requisitos legais para o seu cabimento: “No plano geral e abstrato, foi o legislador quem, de antemão, escolheu as situações nas quais a celebração do ANPP será possível ou não, necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Pense-se, por exemplo, em determinada situação envolvendo violência doméstica. Mesmo que o autor dos fatos preencha todos os requisitos legais, por questões político criminais (p. ex., o crescente número de mulheres vítima de violência), o legislador vetou a possibilidade de acordo. Portanto, a exigência de que o ANPP seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime não pode ser compreendida sem o preenchimento dos demais requisitos dispostos na lei. O ANPP será necessário e suficiente quando estiverem presentes os requisitos legais. São eles, destarte, que balizam a escolha discricionária do Ministério Público. A necessidade e a suficiência para reprovação e prevenção do crime, que dão o tom da discricionariedade (da escolha ótima), devem ser balizadas pelos pressupostos legais.” PEREZ, S. C.; PASCOLATI JUNIOR, U. A. Controle judicial nos casos de recusa do ministério público ao oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal. Boletim IBCCRIM, v29,n.348,p.8,2024. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1384. Acesso em: 29 abr. 2025.

²⁰⁷ Art. 18. “Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: [...]” V – O delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

²⁰⁸ Enunciado 22 (Art. 28-A, § 2º, IV) “Veda-se o acordo de não persecução penal aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, bem como aos crimes hediondos e equiparados, pois em relação a estes o acordo não é suficiente para a reprovação e prevenção do crime. O ANPP não se aplica a crimes hediondos e equiparados, pois em relação a estes o acordo não é suficiente para a reprovação e prevenção do crime.”

na legislação, restando implicitamente revogada a norma administrativa em sentido contrário²⁰⁹. Ou seja, orientações e enunciados do Ministério Público que não correspondem à vontade do legislador não podem ser utilizados como fontes interpretativas na decisão sobre recusar ou não o acordo, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

Por outro lado, a função do juiz é atuar como um garantidor da legalidade e da razoabilidade do acordo, e não como um formulador primário da estratégia persecutória²¹⁰. Partindo dessa premissa, a atuação judicial na homologação do ANPP deve seguir uma lógica de controle negativo. O magistrado deve, a princípio, homologar o acordo que preenche os requisitos legais objetivos e foi voluntariamente firmado entre as partes. A recusa à homologação com base na ausência de "necessidade e suficiência" deve ser tratada como medida excepcional, exigindo do juiz um ônus de fundamentação qualificado²¹¹.

Esse ônus argumentativo impõe que a decisão de não homologação demonstre, com base nos elementos dos autos, porque o acordo, no caso concreto, é manifestamente inadequado para cumprir suas finalidades. Nessa linha, não seriam suficientes justificativas genéricas ou baseadas em convicções pessoais sobre a gravidade em abstrato do delito, o que configuraria violação ao princípio da legalidade, tendo em vista que o legislador, ao não vedar expressamente tais hipóteses, já as valorou previamente, considerando passíveis de acordo²¹².

²⁰⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 67.

²¹⁰ Dessa forma, importante a crítica sobre a escolha do legislador de concentrar a avaliação sobre a necessidade e suficiência do acordo ao Ministério Público: "O fato de o legislador ter aderido ao critério de prevenção no Direito Penal como diretriz político-criminal para nortear as hipóteses de cabimento do acordo, por certo, reduziu a amplitude da efetividade do mecanismo consensual, aspecto igualmente visto como uma demanda de política criminal no processo penal¹⁰⁸, já que ao membro do Ministério Público foi conferida a liberdade de decidir conforme a sua convicção sobre a necessidade e suficiência do acordo relativamente a cada caso concreto." MARTINS, R.; FELIPPE XAVIER JANUÁRIO, T. . A (in)compatibilidade do requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime nos acordos de não persecução penal / The (in)compatibility of the requirement of necessity and sufficiency to the prevention and reprobation of crime.. Revista Científica do CPJM, [S. l.], v. 2, n. 05, p. 203, 2022.

²¹¹ A jurisprudência do STJ tem se desenvolvido nesse sentido:

"A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu que o Ministério Público (MP) não pode deixar de oferecer o acordo de não persecução penal (ANPP) de forma injustificada ou ilegalmente motivada, sob pena de rejeição da denúncia.

Nos processos sobre tráfico de drogas, por exemplo, a recusa não pode se dar com base apenas na gravidade abstrata do crime ou em seu caráter hediondo, uma vez que a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas (o chamado tráfico privilegiado) reduz a pena mínima do delito a menos de quatro anos e afasta a sua hediondez.

Para o colegiado, já no momento de oferecer a denúncia, o MP deve "demonstrar, em juízo de probabilidade, com base nos elementos do inquérito e naquilo que se projeta para produzir na instrução, que o investigado não merecerá a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006 ou, pelo menos, que, mesmo se a merecer, a gravidade concreta do delito é tamanha que o acordo não é 'necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime'". Fonte: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/20092024-Recusa-injustificada-do-MP-em-oferecer-ANPP-e-ilegal-e-autoriza-a-rejeicao-da-denuncia.aspx>>.

²¹² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O requisito da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do delito para a celebração do acordo de não persecução penal. . In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI,

Há controvérsias, contudo, quanto às consequências da não homologação. Ao não homologar um acordo com o intuito de "proteger o réu" ou o interesse público, o juiz não estaria, na prática, prejudicando o investigado? A resposta expõe a complexidade da atuação jurisdicional e reforça a necessidade de a não homologação constituir medida excepcional.

Em regra, a consequência imediata da não homologação do ANPP é o restabelecimento do *status quo ante*, isto é, o prosseguimento da persecução penal. O Ministério Público, diante da recusa judicial, poderá oferecer a denúncia, submetendo o investigado aos ritos e custos da ação penal. Portanto, a recusa pode posicionar o réu em uma situação consideravelmente mais gravosa do que aquela que o acordo lhe proporcionaria.

Contudo, há variações das consequências a depender dos fundamentos da homologação. Se a não homologação ocorrer por identificação de condições ilegais ou abusivas (*e.g.*, prestação pecuniária exorbitante, condições vexatórias), o acordo não será recusado por inteiro. Conforme o art. 28-A, § 5º, do CPP, o magistrado deve devolver os autos ao Ministério Público para que a proposta seja reformulada. Nesse caso, o controle judicial não prejudica o réu; ao contrário, aprimora o acordo, protegendo o investigado e preservando o instituto da justiça negociada.

Ainda assim, é importante reconhecer que o art. 28-A, § 5º, do CPP não estabelece um dever para o Ministério Público reformular o acordo após a devolução feita pelo juiz. Na prática, isso faz com que a efetividade desse controle dependa da iniciativa do próprio órgão acusador. Caso o Ministério Público decida não ajustar a proposta, o objetivo de proteção ao investigado pode se perder, e o acordo acabar inviabilizado. Essa lacuna reforça a necessidade de aperfeiçoar o procedimento, para que a devolução determinada pelo magistrado produza efeitos concretos e não se limite a uma medida meramente formal.

Caso a homologação se dê por ausência de justa causa, isto é, de provas mínimas da materialidade ou indícios de autoria, a não homologação é ato de proteção inequívoca. Nesse caso, a recusa do acordo não deve ser seguida pelo recebimento de uma denúncia, porque o magistrado está sinalizando que, se não há elementos para um acordo, tampouco haverá para uma ação penal.

O risco maior, portanto, está na não homologação por discordância sobre a "necessidade e suficiência". Quando, preenchidos os requisitos objetivos, o juiz recusa o acordo, por entender que, dada a gravidade concreta do fato, a medida não é suficiente para a reprovação do crime, acaba por conduzir o réu à ação penal. É precisamente em razão desse risco que a recusa com

base nesse fundamento deve ser excepcional e amparada por um ônus de fundamentação qualificado. Trata-se de alerta para que o poder-dever de fiscalização do juiz seja exercido com cautela, primariamente para corrigir ilegalidades e abusos, e apenas excepcionalmente em razão do mérito.

Aspecto relevante é que a análise do ANPP ocorre em fase pré-processual, que não possui a profundidade cognitiva de uma instrução probatória. Portanto, o juízo sobre a necessidade e suficiência não pode ter o mesmo *standard* probatório exigido para uma sentença condenatória²¹³. A dificuldade reside, então, em como o magistrado pode exercer um controle de legalidade eficaz sobre a cláusula aberta com base em um conjunto probatório ainda incipiente.

Nesse contexto, a criação de um incidente processual específico para as tratativas e o controle judicial do ANPP permitiria que o Ministério Público e o magistrado avaliassem com maior clareza a presença dos elementos que indicam a suficiência e a necessidade do acordo. Naturalmente, esse incidente não teria o mesmo grau de cognoscibilidade de uma ação penal, mas viabilizaria a verificação, a partir dos elementos da investigação e da delimitação fática proposta pela acusação, da adequação da medida.

Mais importante, a instauração de um incidente para as tratativas do ANPP fortaleceria sobremaneira o controle judicial e mitigaria a discricionariedade acusatória. Nesse momento, a defesa poderia formalmente impugnar uma eventual recusa de proposta, ampliando a qualidade da cognição do magistrado para decidir sobre a questão. Isso forneceria ao juiz substrato argumentativo e documental para exercer seu controle de forma mais informada, seja para homologar o acordo, seja para fundamentar qualificadamente uma recusa, e até mesmo para uma análise mais densa pelo órgão de revisão do Ministério Público.

Outro critério de fundamentação que poderia ser utilizado na avaliação da suficiência e necessidade do acordo é a análise das circunstâncias legais – as agravantes e as atenuantes. Como o legislador previu expressamente, para fins de cabimento do acordo, apenas as causas de aumento e de diminuição, a utilização das agravantes e das atenuantes serviria como baliza adicional para a verificação do requisito.

Por fim, o atual desenho do art. 28-A revela uma incoerência sistêmica que reforça a tese aqui defendida. Enquanto a lei prevê o controle judicial para uma *proposta de acordo* considerada inadequada (§§ 7º e 8º), ela relega a *recusa de oferecimento* pelo Ministério

²¹³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 81.

Público, baseada nos mesmos critérios de necessidade e suficiência, a um controle meramente interno do órgão (§ 14).

Essa assimetria não se justifica. Se o Poder Judiciário é competente para aferir a insuficiência de um acordo proposto, com maior razão deve sê-lo para controlar uma recusa potencialmente arbitrária, que obsta por completo o acesso do investigado à justiça negociada. A ausência de um controle judicial sobre a recusa do MP esvazia a força normativa do direito do investigado ao acordo e permite a perpetuação de orientações institucionais que contrariam a vontade do legislador.

Dessa forma, a proposta de reforma legislativa que se apresentará ao final deste trabalho buscará reformular esse ponto, estendendo o controle judicial também para os casos de recusa no oferecimento do ANPP, garantindo uma fiscalização completa e isonômica sobre a aplicação do requisito da "necessidade e suficiência" e, em última análise, fortalecendo as garantias fundamentais no processo penal.

3.2.2 Confissão e os riscos de se evitar que o ANPP seja utilizado como meio de obtenção de prova

Uma das principais polêmicas do acordo de não persecução penal reside na exigência da confissão para a sua celebração. Apesar das inúmeras críticas a essa opção do legislador²¹⁴, inclusive com questionamentos à sua constitucionalidade²¹⁵, o presente trabalho irá abordar o tema sob a ótica do controle judicial e os riscos trazidos por uma ausência de tutela jurisdicional ou de sua tímida presença. Com isso, busca-se apresentar sugestões interpretativas de aprimoramento do controle judicial do acordo de não persecução penal, de forma a mitigar os efeitos deletérios da confissão enquanto requisito do instituto.

Afinal, a exigência de confissão formal e circunstanciada como condição para celebração do acordo de não persecução penal projeta um ponto de atrito entre a lógica negocial e as garantias do devido processo, na medida em que o instituto pode ser indevidamente

²¹⁴ Uma das críticas aventadas é uma eventual aproximação do instituto à barganha americana. Sobre isso: GARRETT, Brandon L. Por que plea bargains não são confissões? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 61-86. Sobre transplantes de institutos no processo penal: VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos "legal transplants"? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, maio/set. 2018.

²¹⁵ Vide ADI 6304, proposta pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim), que ainda aguarda julgamento pelo STF.

convertido pelo Ministério Público em atalho probatório, isto é, em mecanismo de obtenção de prova por via consensual, com potenciais reflexos para além do próprio acordo.

Isso porque a confissão exigida para a celebração do ANPP ocupa uma posição singular e controversa no ordenamento jurídico brasileiro: diferentemente da confissão judicial, produzida no curso de um processo penal e com contraditório, a confissão no ANPP é, por previsão legal, um ato extrajudicial, integrando um negócio jurídico processual firmado com o Ministério Público, cuja finalidade precípua é evitar a instauração da ação penal.

Inicialmente, destaca-se que a confissão no ANPP pode ser enquadrada não como uma busca pela verdade material, mas como uma “ficção processual” ou “mentira sistêmica”, análoga às práticas do *plea bargaining* norte-americano.²¹⁶ Essa perspectiva desmistifica a noção de voluntariedade e reforça a necessidade de um controle judicial focado nas consequências do ato, e não em sua suposta sinceridade.

O sistema de justiça norte-americano utiliza rotineiramente o que pode ser descrito como “mentiras” processuais – *e.g.*, fatos fictícios (*fictional pleas*), acordos sobre crimes que não existem (*lies about law*) e mentiras sobre o processo (*lies about process*) – como um mecanismo para alcançar uma “justiça aproximada” (*rough form of justice*), o que permite com que as partes contornem leis e obstáculos jurídicos para o alcance de soluções consideradas mais proporcionais ou justas no caso concreto.²¹⁷

Ainda que haja divergências entre os institutos, compreende-se que a confissão exigida no ANPP pode ser comparada a uma “mentira sobre o processo” (*lie about process*), similar ao que ocorre no colóquio do *plea bargaining*. Isso porque o réu norte-americano deve afirmar que sua declaração de culpa é “voluntária e consciente”, embora se saiba que é induzida pela promessa de uma pena menor e pela ameaça de uma sanção muito mais severa, caso opte pela continuidade do julgamento.²¹⁸ De forma análoga, o investigado no Brasil confessa a prática do crime não necessariamente porque isso reflete uma verdade absoluta e livre de coerção, mas porque é o roteiro exigido pelo art. 28-A do CPP para acessar o benefício legal de não ser processado.

Encarar a confissão sob essa ótica de ficção processual funcional altera fundamentalmente o foco do controle judicial. A questão central deixa de ser “o investigado

²¹⁶ JOHNSON, Thea. Lying at Plea Bargaining. *In.*: Georgia State University Law Review, Volume 38, Issue 3, Spring 2022. Disponível em: <https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol38/iss3/8>. Acesso: 12 set 2025.

²¹⁷ JOHNSON, Thea. Lying at Plea Bargaining. *In.*: Georgia State University Law Review, Volume 38, Issue 3, Spring 2022. Disponível em: <https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol38/iss3/8>. Acesso: 12 set 2025.

²¹⁸ JOHNSON, Thea. Lying at Plea Bargaining. *In.*: Georgia State University Law Review, Volume 38, Issue 3, Spring 2022. Disponível em: <https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol38/iss3/8>. Acesso: 12 set 2025., pp. 702-703;

confessou sinceramente e sem pressões?” – uma indagação de difícil e talvez impossível verificação –, para dar lugar a uma pergunta mais pragmática e garantista: “quais são os limites e as salvaguardas necessárias para um ato de confissão que é, por sua natureza sistêmica, coagido?”.

Se a confissão é um meio para o fim de se evitar o processo penal, e não uma declaração de verdade material, sua validade e seus efeitos devem ser estritamente confinados a essa função. O papel do controle judicial, portanto, se transforma. O juiz não atua como um aferidor da sinceridade do investigado, mas como um gestor dos limites dessa ficção. Sua função primordial passa a ser a de garantir que essa a mentira processual não produza efeitos deletérios para além do estritamente negociado.

Nesse sentido, o atual arquétipo normativo quanto ao ANPP permite com que a confissão seja manejada para incriminar corréus e para irrigar outros procedimentos sancionatórios, razão pela qual o controle judicial deve evitar o “transporte” probatório e circunscrever a confissão ao âmbito funcional do ANPP. Sustenta-se, assim, uma tutela jurisdicional robusta sobre a formação, o alcance e os efeitos da confissão, precisamente para não desvirtuar o modelo e para preservar a presunção de inocência.

O instituto, concebido como uma alternativa ao processo penal, corre o risco de se converter em uma armadilha de autoincriminação, na medida em que o investigado pode se ver diante de uma escolha complexa: confessar para obter o benefício de não ser processado, mas acabar produzindo um elemento que pode ser decisivo para sua própria condenação caso, por qualquer motivo, o acordo não subsista.

Quanto a esse ponto, o art. 28-A, §10 do Código de Processo Penal indica que, uma vez descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia, que naturalmente partirá de um ponto processual no qual, por quaisquer razões, o acusado/investigado já terá admitido a prática da infração penal que lhe fora cominada.

Tal cenário tensiona de forma aguda a garantia fundamental contra a autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e a própria voluntariedade do ato, razão pela qual o controle judicial da confissão não pode se limitar a uma verificação formal. Ele se impõe, portanto, como uma salvaguarda essencial para impedir que o ANPP, um instrumento de consenso, se transmute em um mecanismo de coação sutil, no qual a promessa de um benefício induza à renúncia de um direito fundamental, com consequências potencialmente gravosas.

É imperativo, nesse contexto, traçar uma distinção clara e intransponível entre o ANPP e o acordo de colaboração premiada. Enquanto o último é, em sua essência, um meio de obtenção de prova – conforme previsão expressa do art. 3º-A da Lei nº 12.850/2013 –, no qual o colaborador oferece informações sobre a estrutura de uma organização criminosa e a participação de outros agentes em troca de benefícios legais, o ANPP tem como objeto exclusivo a situação jurídica e personalíssima do próprio investigado que confessa, visando a uma solução consensual para o seu caso específico.

Nesse sentido, interessante ressaltar ainda que a celebração de um acordo de colaboração premiada pressupõe, na forma do art. 3º-A, “utilidade e interesse públicos”, o que não se exige para o ANPP, cujo escopo é a situação jurídica personalíssima do acusado/investigado. Ademais, se o ANPP almeja precisamente evitar o desenrolar de um processo penal, a colaboração premiada intenta exatamente subsidiá-lo.

A tentativa de fundir esses dois institutos, exigindo-se, por exemplo, que a confissão circunstanciada do ANPP inclua a delação de corréus ou partícipes, ou que sejam apresentados elementos relativos a terceiros que não aquele que é parte no acordo, representam uma prática abusiva que subverte a lógica do sistema de justiça penal negocial. Referidas exigências transformariam o ANPP em uma espécie de “colaboração premiada *sui generis*”, na qual a acusação obteria informações sem a necessidade de seguir as rigorosas formalidades previstas na Lei nº 12.850/2013.

Essa delimitação foi bem traçada pelo Superior Tribunal de Justiça, em precedente da lavra do Ministro Antonio Saldanha Palheiro (HC 714.507/SP, DJEN de 03/04/2025), no qual se estabeleceu de forma inequívoca que a confissão no ANPP é um ato de natureza estritamente pessoal, que deve se limitar à descrição da conduta do próprio confitente.

No caso concreto, o acusado foi preso pela suposta prática do crime de furto qualificado, tendo o flagrante sido convertido em prisão preventiva. O Ministério Público ofereceu ANPP, ante a primariedade, mediante a condição de prestar serviços à comunidade ou a entidade pública pelo período de 1 ano. Entretanto, o magistrado de primeiro grau não homologou o acordo de não persecução penal, ao argumento de que não houve confissão formal e circunstancial de todos os fatos, na medida em que os corréus não foram delatados.

A exigência de incriminação de terceiros como condição para a homologação do acordo de não persecução penal foi considerada ilegal, por confundir os institutos da confissão e da delação, o que motivou a concessão da ordem para homologação do ANPP que havia sido ofertado pelo Ministério Público e aceito pelo acusado.

Essa delimitação jurisprudencial impõe um dever específico ao magistrado no momento do controle judicial, rememorando que a homologação do acordo de não persecução penal perpassa essencialmente pelos requisitos expostos no art. 28-A do Código de Processo Penal, não sendo possível a criação de outras exigências que não aquelas positivadas, mormente quando prejudiciais à esfera jurídica do acusado/investigado.

Compete ao magistrado fiscalizar ativamente o conteúdo da confissão registrada no termo de acordo, para assegurar que ela se atenha aos fatos praticados pelo celebrante, sem avançar sobre a esfera jurídica de terceiros que não fazem parte da negociação, uma vez que isso transcendo o escopo do ANPP.

Esse controle é vital não apenas para a proteção do próprio investigado, que não pode ser coagido a delatar, mas também para a salvaguarda do devido processo legal e do direito de defesa dos demais envolvidos, que não podem ser prejudicados por um ato negocial do qual não participaram.

Ademais, a exigência de uma confissão formal e circunstanciada pelo *caput* do art. 28-A do CPP também coloca para o juízo homologatório um poder-dever de identificar se a narrativa indicada pelo acusado/investigado está em linha com os elementos do tipo penal indicado pelo Ministério Público, é dizer, se a confissão do réu está em congruência com os elementos típico-normativos com a imputação acusatória que lhe é feita. Afinal, não se coaduna com a lógica do CPP uma mera afirmação do acusado/investigado da prática do delito que lhe é imputado, seja pela lógica da acusação, que deve expor com clareza e precisão sua narrativa, seja pela lógica da defesa, que ao aceitar a oferta do acordo se submete às exigências da lei.

A questão mais delicada emerge quando o acordo é descumprido e a persecução penal é retomada. Qual o valor probatório da confissão anteriormente prestada? O art. 155 do CPP veda que a condenação se fundamente exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase de investigação, de forma que os elementos de informação produzidos na fase pré-processual podem ser utilizados pelo Ministério Público como elementos de corroboração²¹⁹.

Contudo, a jurisprudência majoritária admite que a confissão extrajudicial, ainda que retratada em juízo (possibilidade garantida pelo art. 200 do CPP), possa ser utilizada para

²¹⁹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal (Capítulo 14), pp. 301-316. *In.*: ANPP: Acordo de não persecução penal. 4ª Edição. Orgs.: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.

subsidiar a convicção do julgador, desde que esteja em harmonia com as demais provas produzidas sob o crivo do contraditório²²⁰.

Em sentido semelhante, e especificamente quanto ao acordo de não persecução penal, o Enunciado nº 24 PGJ-CGMP do Ministério Público de São Paulo dispõe que, uma vez “[r]escindido o acordo de não persecução penal por conduta atribuível ao investigado, sua confissão pode ser utilizada como um dos elementos para oferta de denúncia”.

No entanto, a confissão no ANPP possui particularidades que demandam uma valoração ainda mais criteriosa, justamente por não ser um ato espontâneo de colaboração com a justiça, mas sim o cumprimento de um requisito legal em um contexto de negociação e pressão inerente à condição de investigado.

Se a voluntariedade é mitigada pela própria estrutura do acordo, a confissão possui um valor probatório intrinsecamente reduzido. Portanto, em caso de rescisão, deveria ser tratada, no máximo, como um mero indício, sendo insuficiente para, mesmo corroborada por outros elementos frágeis, fundamentar um decreto condenatório. A doutrina mais crítica, como a de Guilherme de Souza Nucci, avança ao defender que a confissão prestada para fins de ANPP deveria ser considerada prova ilícita caso o acordo seja rescindido, visto que, se o acordo não for cumprido, o Ministério Público pode se valer dessa admissão para denunciar o investigado, de maneira que a confissão só lhe teria gerado prejuízos²²¹.

Portanto, a eficácia da confissão no ANPP deve ser estritamente limitada à esfera jurídica do celebrante e à finalidade para a qual foi produzida, qual seja, a celebração do acordo em si. Sua utilização para fundamentar a denúncia ou a condenação de um corréu que não participou do acordo representa uma violação flagrante dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da personalidade da pena, na medida em que confissão não é delação, e o acordo é um ato entre as partes que não pode prejudicar terceiros.

²²⁰ AgRg no HC 926.736/CE, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJEN de 25/06/2025: “[...] Tese de julgamento: ‘1. A confissão em audiência de custódia, sem suporte em outras provas, não é suficiente para a condenação. 2. A dúvida sobre a autoria do crime deve ser interpretada em favor do acusado, em observância ao princípio in dubio pro reo’. [...]”

AgRg no AREsp n 2.282.356/PR, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, DJe de 20/05/2024: “[...] I - A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que é possível a utilização das provas colhidas durante a fase inquisitiva para lastrear o édito condenatório, desde que corroboradas por outras provas produzidas em juízo, sob crivo do contraditório e da ampla defesa. II - No caso vertente, consoante se depreende dos excertos acima transcritos, o acórdão recorrido concluiu que a condenação do recorrente pelo delito de roubo não foi fundamentada exclusivamente em elementos colhidos no inquérito policial, havendo menção expressa aos depoimentos prestados em juízo pelas vítimas e pelos policiais, além das imagens captadas por câmeras de segurança que registraram a ação criminosa, bem como as características do veículo, elementos que respaldaram a prolação de um decreto condenatório. [...]”

²²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p. 223.

Da mesma forma, compreende-se que a transposição dessa confissão para outras esferas de responsabilização – *e.g.*, cível ou administrativa – é igualmente inadmissível, porquanto é produzida em um contexto negocial específico, sem as garantias do contraditório pleno e com o objetivo único de evitar a persecução penal. Permitir seu uso indiscriminado em outros processos seria quebrar a boa-fé e a segurança jurídica que devem nortear o instituto, expondo o investigado a consequências que não foram objeto da negociação.

Fato é que a exigência legal da confissão no ANPP cria um campo de tensão irresolúvel entre a pragmática da justiça negocial e os pilares constitucionais do processo penal. O controle judicial, nesse cenário, não opera sobre um ato de pura voluntariedade, mas sobre um ato de submissão estratégica a um requisito legal imposto como condição para o acesso a um benefício. Essa imposição legal gerou uma profunda cisão doutrinária acerca de sua constitucionalidade.²²²

De um lado, uma corrente crítica sustenta a inconstitucionalidade do requisito, com o argumento central é que a exigência de confissão representa uma violação direta ao direito ao silêncio e ao princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), consagrados no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal e no art. 8º, 2, 'g', da Convenção Americana de Direitos Humanos.²²³ Segundo Marcos Paulo Dutra Santos, condicionar o acusado/investigado a exercer uma confissão seria, apenas e tão somente, obrigá-lo a produzir provas contra si mesmo, em um constrangimento inútil e contrário à Constituição de 1988.²²⁴

Em contrapartida, outra corrente doutrinária defende a constitucionalidade do requisito sob uma ótica pragmática e de autonomia da vontade, na medida em que a confissão funciona como uma contrapartida do investigado pelo benefício estatal de não ser processado.²²⁵ Nesse sentido, Rodrigo Cabral argumenta que

uma das finalidades da confissão é precisamente essa, oferecer uma contrapartida ao Estado por ele ter aberto mão do exercício da ação penal. É dizer, o investigado apresenta ao Ministério Público um forte elemento de informação (sua confissão extrajudicial) em troca de um tratamento mais benéfico. Se assim não fosse, não haveria praticamente nenhuma consequência

²²² SOARES, Júlia de Moraes; ACHA, Fernanda Rosa. Exigência de confissão no acordo de não persecução penal. *In.*: Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação. São Paulo, v.8.n.10. out. 2022. DOI: <https://doi.org/10.51891/rease.v8i10.7019>. Acesso: 12 set 2025.

²²³ SOARES, Júlia de Moraes; ACHA, Fernanda Rosa. Exigência de confissão no acordo de não persecução penal. *In.*: Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação. São Paulo, v.8.n.10. out. 2022. DOI: <https://doi.org/10.51891/rease.v8i10.7019>. Acesso: 12 set 2025.

²²⁴ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Comentários ao Pacote Anticrime. 2ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2022, p. 256.

²²⁵ SOARES, Júlia de Moraes; ACHA, Fernanda Rosa. Exigência de confissão no acordo de não persecução penal. *In.*: Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação. São Paulo, v.8.n.10. out. 2022. DOI: <https://doi.org/10.51891/rease.v8i10.7019>. Acesso: 12 set 2025.

ao investigado em descumprir o acordo. Só teria ele ganhado tempo e atrapalhado o curso natural da persecução penal, sem qualquer ônus ou desvantagem no processo penal.²²⁶

Em meio a esse debate, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem adotado uma postura predominantemente formalista, tratando a confissão como um requisito legal indispensável para a celebração do ANPP, sem, contudo, se aprofundar na análise de sua constitucionalidade, a exemplo do AgRg no HC 701.443/MS, julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça²²⁷.

Em síntese, diante da natureza sistemicamente coagida da confissão e dos riscos de seu desvirtuamento probatório, o controle judicial na audiência de homologação deve transcender a mera formalidade, cabendo ao magistrado atuar como um garantidor ativo da racionalidade do ANPP, assegurando que a confissão se contenha em seus limites funcionais e não se converta em um instrumento de enfraquecimento das garantias constitucionais, no que poderia se chamar de “banalização da culpa”.²²⁸

Primeiramente, o juiz deve fiscalizar ativamente o *conteúdo* da confissão, a fim de evitar que o ANPP seja utilizado para obter a delação de terceiros, distinguindo-o da colaboração premiada e garantindo que a confissão se restrinja estritamente aos fatos praticados pelo celebrante. Em segundo lugar, o controle judicial deve se estender para delimitar os *efeitos* da confissão, esclarecendo-se que sua validade e eficácia são restritas ao âmbito do acordo, não podendo ser utilizada como elemento probatório em caso de rescisão, tampouco compartilhada com outras esferas sancionatórias:

Consequentemente, não se pode, em nenhuma hipótese, afirmar que o ANPP, ao estabelecer uma obrigatoriedade de confissão circunstanciada, tenha por finalidade a busca dessa confissão como prova ao processo. A confissão realizada como requisito ao ANPP não pode ser utilizada para fundamentar eventual condenação se houver o descumprimento do acordo. Como exposto, a finalidade do acordo não é probatória, não se busca a confissão do imputado,

²²⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 129.

²²⁷ STJ, AgRg no HC 701.443/MS, rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 10/10/2022: “[...] 3. A confissão, formal e circunstanciada, do fato criminoso é um dos requisitos exigidos pelo art. 28-A do Código de Processo Penal para a celebração do acordo de não persecução penal (ANPP). [...] 5. Para se afastar o requisito legal da confissão da imputação, como etapa necessária da celebração do acordo de não persecução penal, seria imprescindível a afetação da matéria à Corte Especial para a declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 28-A do Código de Processo Penal, sob pena de violação da Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal, procedimento incompatível com a célere via de *habeas corpus*”.

²²⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. *In.*: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 289-306, 2021, p. 295.

mas ela é um requisito ao consenso exatamente para viabilizar o controle judicial sobre o mecanismo negocial.²²⁹

Diante dos múltiplos riscos e controvérsias, o controle judicial do ANPP na audiência de homologação emerge como o principal mecanismo de contenção e garantia da sua racionalidade, devendo transcender a mera formalidade de perguntar ao acusado/investigado se ele agiu voluntariamente quanto ao aceite do acordo e da confissão.

Afinal, somente por meio de um controle judicial robusto e atento a essas nuances será possível mitigar os efeitos deletérios da confissão e assegurar que o ANPP cumpra sua função de solução consensual de conflitos, sem se converter em um instrumento de enfraquecimento das garantias constitucionais do processo penal.

3.2.3 Cláusulas obrigacionais

Como em todos os acordos, o núcleo do ANPP reside precisamente em suas condições ou cláusulas obrigacionais, as quais se prestam a detalhar o que investigado se compromete a cumprir para que não haja o desenrolar de uma ação penal. O art. 28-A do CPP elenca um rol de condições típicas que podem ser ajustadas de maneira cumulativa ou alternativa: *(i)* reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; *(ii)* renunciar a bens e direitos indicados como instrumentos, produto ou proveito do crime; *(iii)* prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas; e *(iv)* pagar prestação pecuniária. Contudo, o legislador optou por não exaurir as possibilidades negociais, inserindo ainda uma cláusula aberta que permite ao Ministério Público indicar “outra condição” a ser cumprida em prazo determinado, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Essa discricionariedade relativa outorgada ao Ministério Público, embora viabilize a adequação do acordo às particularidades do caso concreto, é também uma fonte de risco para o acusado/investigado, na medida em que a abertura para “outras condições”, se não for devidamente balizada por um controle judicial, pode se converter em um portal para a estipulação de cláusulas extravagantes, desproporcionais ou mesmo abusivas, que descaracterizam a natureza benéfica do instituto.

Quanto a esse ponto, rememora-se que a formalização de um ANPP ocorre exatamente em um momento processual no qual o acusado/investigado não teve a oportunidade de oferecer

²²⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal. *In.*: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 289-306, 2021, p. 301.

defesa ou manifestações técnicas acerca da capitulação legal indicada pelo Ministério Público, havendo uma propensão a aceitar o acordo e se ver livre de uma persecução penal, na medida em que essas informações sequer constarão de certidão de antecedentes (art. 28-A, §12). Portanto, a existência dessa cláusula aberta reforça, de maneira decisiva, a necessidade de um controle judicial que não se limite à forma, mas que adentre ao mérito das obrigações pactuadas.

Nesse cenário, o princípio da proporcionalidade é critério fundamental e uma das principais ferramentas hermenêuticas para o exercício do controle judicial sobre as cláusulas do ANPP, especialmente as atípicas, tendo inclusive sido indicado pelo legislador no inciso V do art. 28-A do CPP. Trata-se, portanto, não apenas de um dever do magistrado no momento da homologação do acordo, mas também de uma condição de sua validade.

Nesse sentido, como bem leciona Ademar Borges de Sousa Filho, “[a] ascensão do princípio da proporcionalidade como principal ferramenta argumentativa e metodológica do controle de constitucionalidade de leis penais se justifica, em primeiro lugar, pelo enorme sucesso angariado por esse princípio na dogmática jurídica e na jurisprudência comparadas”²³⁰. Ademais, o princípio da proporcionalidade é ferramenta interpretativa que aprimora a relação entre a jurisdição constitucional e o Direito Penal, auxiliando a fundamentar um quadro de limitação do poder de punir estatal.²³¹

Naquilo que interessa ao presente trabalho, essa análise da proporcionalidade deve ser realizada sob a ótica de sua tríplice dimensão, como leciona Robert Alexy²³². De maneira sintética, o princípio da proporcionalidade apresenta duas vertentes: a proibição do excesso (*Übermassverbot*) e a proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*). Trata-se, em essência, de um critério de moderação e prudência que deve nortear toda a atividade estatal, funcionando como instrumento de harmonização axiológica do ordenamento jurídico.

Seu fundamento repousa na concepção dos princípios jurídicos como mandamentos de otimização frente a limitações de ordem fática e normativa, em linha com a doutrina de Robert Alexy. Do ponto de vista metodológico, sua aplicação se desdobra em três fases: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

²³⁰ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. 2019. 700 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019, p. 372.

²³¹ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. 2019. 700 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019, pp. 650-651.

²³² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 116.

Na fase inicial – adequação –, examina-se se a medida adotada é idônea para alcançar o objetivo proposto, isto é, se ela efetivamente possui aptidão para promover a realização do princípio envolvido – no caso em análise, portanto, se o ANPP se prestaria a reprovar a prática criminosa e a prevenir outras.

Na etapa seguinte, avalia-se a necessidade (ou exigibilidade) da providência estatal, procedendo-se a uma comparação entre a medida escolhida e possíveis alternativas disponíveis, buscando verificar se existem meios igualmente eficazes para atingir a finalidade pública, mas menos onerosos para direitos ou bens jurídicos contrapostos. O propósito é evitar intervenções excessivas, impedindo que o Estado utilize soluções mais gravosas quando existirem opções menos restritivas e igualmente adequadas.

Por fim, na terceira etapa, realiza-se o juízo de proporcionalidade em sentido estrito, que demanda a ponderação entre custos e benefícios da medida restritiva. Conforme a clássica formulação de Robert Alexy, “quanto maior for o grau de não realização ou de limitação de um princípio, tanto mais relevante deve ser a realização do princípio oposto”²³³. É a chamada lei da ponderação, cujo objetivo é mensurar a relevância dos bens jurídicos em conflito e justificar, juridicamente, o equilíbrio das restrições decorrentes da intervenção estatal. No que concerne ao ANPP, deve haver um equilíbrio entre a gravidade da restrição imposta ao investigado e a importância da realização dos fins do acordo, na medida em que o ônus da condição não pode superar o bônus do não ajuizamento da ação penal.

É crucial compreender que a aferição da proporcionalidade de uma cláusula não pode ser feita em abstrato, estando sempre intrinsecamente conectada à base fático-probatória dos autos. Dessa forma, a discricionariedade do Ministério Público para introduzir “outras condições” do ANPP não é absoluta, mas vinculada aos fatos concretos da investigação levados ao conhecimento do acusado/investigado e do Poder Judiciário.

Isso porque o juiz não pode avaliar se uma condição é proporcional sem ter um conhecimento mínimo da dimensão do fato que a originou. Dessa forma, um controle de legalidade que ignore os elementos informativos da investigação se torna um exercício de abstração, incapaz de proteger o investigado contra excessos.

O §5º do art. 28-A do CPP é o dispositivo que mais explicitamente confere ao magistrado um poder de controle substancial sobre o mérito do acordo, estabelecendo a possibilidade de devolução dos autos ao Ministério Público caso as condições veiculadas no acordo sejam tidas como inadequadas, insuficientes ou abusivas, para que a proposta seja

²³³ ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 14, p. 436, Oxford, dezembro-2003 – tradução livre do original.

reformulada. Este dispositivo é a chave hermenêutica que legitima a superação de um controle meramente homologatório e formal, uma vez que os adjetivos “inadequada”, “insuficiente” e “abusiva” são conceitos jurídicos indeterminados que exigem do juiz um juízo de valor.

Naturalmente, um dos critérios mais objetivos para a aferição da abusividade de um acordo é a comparação entre as condições impostas pelo Ministério Público e a sanção que seria provavelmente aplicada ao investigado em caso de condenação, após o devido processo legal. Nessa perspectiva, por exemplo, compreende-se que um acordo de não persecução penal que estabeleça obrigações pecuniárias mais severas do que a pena que seria imposta em uma eventual sentença condenatória é manifestamente ilegal e abusivo.

Afinal, o ANPP é, por definição, um benefício legal, de forma que sua essência restaria esvaziada na hipótese de a solução consensual ser mais punitiva do que a litigiosa. Aceitar tal inversão seria violar a própria lógica do instituto e o princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, com base nos elementos de informação contidos nos autos da investigação, o magistrado deve estimar, ainda que de forma breve, qual seria a pena-base, quais agravantes e atenuantes incidiriam, e se seria cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Esse exercício proposto é, porém, associado ao processo de homologação do ANPP pelo juiz, não se confundindo com o procedimento de verificação formal da viabilidade da propositura do ANPP, na forma do art. 28, §1º do CPP. Portanto, essa pena provável deve servir como teto para as obrigações do ANPP. Se as condições do acordo superarem esse teto, a homologação deve ser recusada por abusividade.

A análise da proporcionalidade das cláusulas do ANPP pode ser sistematizada a partir dos tipos de obrigações previstas no art. 28-A, orientando o controle judicial substancial. Inicialmente, quanto à reparação do dano (inciso I), o parâmetro legal mínimo é sua exigência, “exceto na impossibilidade de fazê-lo”. O controle judicial deve verificar se o valor estipulado corresponde à extensão do dano efetivamente comprovado nos autos e se a análise da impossibilidade de reparação considera a condição socioeconômica do investigado, evitando a criação de dívidas impagáveis.

Em segundo lugar, a renúncia de bens e direitos (inciso II), indicados pelo Ministério Público como “instrumentos, produto ou proveito do crime”, exige do magistrado a verificação de um nexo causal claro entre o bem e a infração, inclusive sem interpretações extensivas que acabem por, veladamente, dilapidar o patrimônio legítimo do acusado/investigado. Dessa forma, o controle de abusividade impede que a renúncia abranja bens de origem lícita ou sem relação com o fato, bem como garante que o valor do bem seja proporcional ao proveito do crime.

A prestação de serviço à comunidade (inciso III) tem como parâmetro um período correspondente à pena mínima do delito, diminuída de um a dois terços. O controle judicial deve incidir sobre a dosimetria dessa redução, exigindo que o Ministério Público justifique a fração aplicada com base na gravidade concreta do delito e nas circunstâncias do agente.

No que concerne à prestação pecuniária (inciso IV), a ser estipulada na forma do art. 45 do CP, o controle de proporcionalidade demanda que o valor considere a capacidade econômica do investigado e a gravidade do delito. Um critério fundamental de abusividade é que o valor não pode ser superior àquele que seria fixado em uma provável sentença condenatória. A destinação da verba também deve seguir os critérios legais.

Por fim, a já abordada cláusula aberta que permite a estipulação de outra condição (inciso V) exige que esta seja proporcional e compatível com a infração e por prazo determinado, de forma que o controle judicial deve assegurar que o escopo do ANPP guarde pertinência com o bem jurídico tutelado, não implique em restrições desproporcionais a direitos fundamentais, não seja vexatória e, novamente, seja comparada com a provável pena em caso de condenação, a fim de aferir sua abusividade.

Essa postura é coerente com a função do Poder Judiciário no ecossistema negocial: conter a discricionariedade acusatória, inibir o *overcharging* como técnica de barganha e evitar que o ANPP se converta em balcão de imposições descoladas da lei e dos fatos. Afinal, "muito embora as *condições* acordadas não reflitam em *condenação*, elas devem ser proporcionais e condizentes com a infração penal cometida pelo indivíduo, motivo pelo qual devem ser controladas judicialmente".²³⁴

3.3 Síntese do capítulo: sugestões interpretativas de aperfeiçoamento do controle judicial de legalidade do ANPP e apontamento das situações que merecem reforma legislativa

Este capítulo cuidou de analisar as dimensões do controle judicial de legalidade do acordo de não persecução penal, a fim de demonstrar que a atuação do magistrado não se resume a uma chancela formal da avença, mas abrange uma verificação de múltiplos requisitos, desde as hipóteses de cabimento e suas vedações, passando pela análise da necessidade e suficiência do acordo como resposta penal, até o exame minucioso das implicações do concurso de crimes,

²³⁴ FONSECA, Caio Domingues Nogueira da Fonseca. O controle judicial do acordo de não persecução penal. 1ª Edição. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2024, p. 276.

do momento de sua propositura, da controversa exigência da confissão e da proporcionalidade das cláusulas obrigacionais, sempre primando por um caráter substantivo.

A conclusão central que emerge é a de que um controle de legalidade efetivo e garantidor dos direitos fundamentais não pode ser exercido de forma fragmentada, na medida em que os diferentes eixos de controle estão intrinsecamente interligados. A verificação do cabimento do acordo, por exemplo, não é um mero exercício de subsunção da pena em abstrato; ela demanda uma análise da imputação que, por sua vez, depende da base fático-probatória delineada na investigação, como será abordado no capítulo que se segue.

Da mesma forma, o controle da proporcionalidade das cláusulas obrigacionais é indissociável de um juízo sobre a gravidade concreta do delito e da avaliação dos riscos e efeitos da confissão exigida. Um acordo que se fundamenta em provas ilícitas ou que carece de justa causa para uma eventual ação penal é, em sua essência, um acordo ilegal, ainda que, superficialmente, pareça preencher os requisitos formais do art. 28-A do CPP.

Entretanto, a análise aprofundada do instituto revela que a segurança jurídica e a plena efetividade das garantias constitucionais não podem depender exclusivamente do esforço hermenêutico dos julgadores. O texto atual do art. 28-A do CPP é marcado por conceitos jurídicos indeterminados, que apontam para um natural disputa quanto ao ANPP, seja por uma visão de eficiência estrita do Ministério Público, seja por uma lógica de primazia do garantismo do Poder Judiciário, quadro cuja superação demanda uma reforma legislativa clara e precisa. Diante desse diagnóstico, este tópico final consolida as contribuições do capítulo em um roteiro estruturado de propostas, delineando, em um primeiro momento, as soluções que podem e devem ser adotadas pela via interpretativa judicial (*de lege lata*) e, em um segundo momento, os aperfeiçoamentos que demandam a intervenção do legislador (*de lege ferenda*).

Sob a égide do arcabouço normativo vigente, o Poder Judiciário dispõe de ferramentas hermenêuticas para qualificar o controle de legalidade do ANPP, convertendo-o de um ato meramente homologatório para uma instância efetiva de tutela de direitos. A análise judicial dos requisitos objetivos de cabimento do ANPP, por exemplo, não pode se limitar a uma verificação mecânica e superficial, impondo-se uma avaliação material que considere a teleologia do instituto e os princípios constitucionais que regem o processo penal.

Nesse sentido, a vedação à violência ou grave ameaça contida no *caput* do art. 28-A do CPP exige uma interpretação restritiva, compreendendo que tal elemento deve ser intrínseco à conduta dolosa do agente. Essa abordagem permite a celebração do ANPP em crimes culposos, como lesão corporal no trânsito, nos quais a violência é uma consequência não desejada.

O controle judicial sobre o requisito da pena mínima inferior a quatro anos também deve ser ativo, especialmente em casos de concurso de crimes, adotando-se a hermenêutica mais favorável ao investigado: no concurso material, considera-se a soma das penas mínimas, mas no concurso formal e no crime continuado, o cálculo deve considerar a fração mínima de aumento legalmente prevista, expandindo o alcance do benefício. Da mesma forma, os conceitos de “reincidência” e “conduta criminal habitual” demandam uma interpretação judicial alinhada à jurisprudência consolidada, como a Súmula nº 444 do STJ²³⁵, para evitar que a habitualidade seja caracterizada com base em meros registros policiais ou processos sem trânsito em julgado.

Outro ponto crucial para a via interpretativa é o controle da discricionariedade ministerial na avaliação da “necessidade e suficiência” do acordo para a reprovação e prevenção do crime. Uma interpretação judicial que trate essa avaliação como ato imune a controle esvazia a função jurisdicional. Propõe-se, portanto, que o Judiciário passe a exigir do Ministério Público uma fundamentação concreta para a recusa baseada nesse critério, utilizando, por analogia, os parâmetros dos arts. 44, inciso III, e 59 do Código Penal.

A controversa exigência de confissão, por sua vez, gera uma tensão irresolúvel com o direito ao silêncio, pois não se trata de um ato de pura espontaneidade, mas de uma submissão estratégica a um requisito legal. O controle judicial deve, portanto, mitigar os efeitos deletérios dessa coerção sistêmica. Propõe-se uma interpretação que trate a confissão não como meio de prova, mas como requisito puramente funcional, cuja validade se esgota nos limites do próprio acordo. O magistrado, ao homologar o ANPP, deve construir uma barreira em torno dessa confissão, assentando expressamente na decisão que, em caso de rescisão, ela é juridicamente inexistente para fins probatórios, não podendo ser utilizada para fundamentar a denúncia ou uma futura condenação, nem ser compartilhada para prejudicar o confitente em outras esferas de responsabilização. Essa proposta fortalece a autonomia da vontade do investigado, fazendo com que sua decisão de aderir ao acordo seja mais fruto de um cálculo racional e menos do temor de que sua própria palavra seja usada como arma contra si.

Finalmente, no que tange às cláusulas obrigacionais, o poder conferido ao juiz pelo § 5º do art. 28-A do CPP para recusar a homologação de acordos com cláusulas “inadequadas, insuficientes ou abusivas” é a chave para um controle de mérito sobre o conteúdo do pacto. Para dar concretude a esses conceitos, propõe-se que o Judiciário adote o critério da “pena provável” como principal ferramenta de aferição da proporcionalidade.

²³⁵ Súmula nº 444/STJ: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base”.

O magistrado realizaria um exercício de prognose para estimar qual seria a sanção penal realisticamente aplicável em caso de condenação, e essa pena provável funcionaria como um teto interpretativo para o conjunto das obrigações impostas no ANPP. Um acordo cujas condições superem esse patamar é, por definição, abusivo e desproporcional, e sua homologação violaria a própria lógica premial do instituto.

Ainda que uma atuação judicial proativa possa mitigar muitas das deficiências do ANPP, certas falhas são estruturais e demandam correção legislativa. A principal lacuna do atual modelo é a ausência de um procedimento formalizado para a negociação, que ocorre de maneira informal e com manifesta assimetria de poder. A proposta de reforma legislativa mais estruturante é a criação de um “incidente processual” específico para o ANPP, instaurado antes do oferecimento da denúncia. Nesse rito, o Ministério Público apresentaria formalmente a proposta com os elementos que a sustentam, e a defesa teria prazo para se manifestar, estabelecendo um contraditório prévio que reequilibra a relação de forças e confere maior legitimidade ao consenso.

Adicionalmente, o modelo atual de revisão da recusa do Ministério Público em propor o acordo, previsto no § 14 do art. 28-A, é insuficiente para coibir a discricionariedade abusiva. A reforma legislativa necessária consiste em permitir um controle judicial pleno sobre o mérito da recusa. O juiz, provocado pela defesa, deveria ter o poder de analisar a fundamentação e, caso a considere ilegal, determinar ao Ministério Público que ofereça a proposta, convertendo o ANPP de uma mera faculdade do acusador em um direito subjetivo do investigado.

Por fim, para sedimentar as garantias, é imperativo que o legislador altere o texto do art. 28-A para positivar os limites que hoje são aqui defendidos pela via interpretativa. A lei deve ser emendada para definir, de forma expressa, a natureza estritamente negocial da confissão, vedando seu uso como prova contra o confitente em caso de rescisão e sua utilização para prejudicar terceiros. Da mesma forma, o § 5º do art. 28-A deve ser aprimorado para incluir parâmetros objetivos que orientem o controle da abusividade das cláusulas, como a proibição explícita de que as condições do acordo sejam, em seu conjunto, mais gravosas do que a provável sanção penal a ser aplicada em caso de condenação.

Em suma, a consolidação do acordo de não persecução penal como um instrumento legítimo, eficaz e justo de política criminal depende, impreterivelmente, da adoção de uma dupla estratégia. De um lado, exige-se uma mudança de postura do Poder Judiciário, que deve abandonar uma prática de controle meramente formal e assumir ativamente seu papel de garantidor, aplicando com vigor e profundidade as ferramentas interpretativas aqui propostas para a tutela dos direitos fundamentais.

De outro lado, reconhece-se que o esforço hermenêutico, por si só, é insuficiente para sanar as ambiguidades e as lacunas estruturais do diploma legal. Torna-se, portanto, imperativa uma reforma legislativa que formalize procedimentos, contenha a discricionariedade e positive garantias. Apenas a conjugação dessas duas frentes permitirá que a eficiência almejada pela justiça penal negocial não seja alcançada ao custo do sacrifício das garantias que constituem o pilar de um processo penal hígido.

4. LIMITES PARA O CONTROLE JUDICIAL DA BASE FÁTICO-PROBATÓRIA DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Empreendidas as análises quanto ao controle judicial da voluntariedade e da legalidade no âmbito de um acordo de não persecução penal, este capítulo se debruça sobre o terceiro pilar que sustenta um consenso válido do ANPP: o controle da sua base fático-probatória²³⁶. Nesse sentido, entende-se por base fático-probatória o conjunto de elementos informativos colhidos durante a investigação preliminar – *e.g.*, depoimentos, laudos periciais e documentos – que fundamentem a imputação penal indicada pelo Ministério Público e, conseqüentemente, a proposta de acordo formulada ao acusado/investigado.

A despeito de o art. 28-A, §4º do CPP ter previsto expressamente os parâmetros da voluntariedade e da legalidade para fins de homologação do acordo de não persecução penal pelo Poder Judiciário, compreende-se que ambos possuem relação direta com o acervo fático-probatório construído pelo Ministério Público.

O Direito, enquanto ciência social aplicada, necessariamente opera a partir de uma análise fática em cotejo com a norma jurídica abstrata. Ainda que ambos existam de forma isolada, é da análise dos fatos, à luz da norma jurídica, que exsurge a solução para o caso concreto. Nesse sentido, o acervo fático-probatório construído por meio da investigação preliminar é, inegavelmente, o alicerce sobre o qual toda a negociação do ANPP é construída. Como bem salienta Vinicius Vasconcellos,

“[n]ão se pode admitir a realização de acordos em casos que não apresentem uma base probatória a indicar a ocorrência de uma infração penal. Além disso, o tipo penal imputado deve ser adequado à narrativa fática do acordo, visto que são ilegais negócios sobre fatos e sobre imputação no processo penal brasileiro.”²³⁷

Dessa forma, se a voluntariedade denota em essência a ausência de coação para que o acusado/investigado firme um acordo de não persecução penal, e a legalidade traduz a moldura que o Ministério Público deve respeitar para propositura da avença, é o acervo fático-probatório que, no final, permitirá com que o magistrado aprecie essas condições de validade, precisamente por se tratar de uma análise de um ato concreto.

²³⁶ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Dialética, 2020, p. 138. GEBRAN NETO, João P.; ARENHARDT, Bianca G. C.; MARONA, Luís F.G. Comentários ao novo inquérito policial. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 263.

²³⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 187.

Portanto, a análise dessa base material formatada ao longo da investigação preliminar não é um exercício autônomo, mas sim uma condição de possibilidade para a efetivação dos controles de voluntariedade e legalidade. Como já delineado nos capítulos anteriores, uma escolha genuinamente voluntária pressupõe que o investigado, assistido por sua defesa, tenha pleno conhecimento da robustez da acusação que pesa contra si. Um acordo aceito sob a ameaça de uma persecução penal lastreada em indícios frágeis ou inexistentes não é um ato de vontade livre, mas sim uma submissão coagida pelo temor de um processo injusto.

Da mesma forma, o controle de legalidade resta esvaziado sem que haja, em paralelo, um exame do suporte fático-probatório vinculado à proposta de ANPP. Afinal, como pode o magistrado aferir se as cláusulas são “proporcionais e compatíveis com a infração penal imputada” (art. 28-A, V) ou se são “abusivas” (§5º) sem, minimamente, conhecer a gravidade concreta dos fatos? Um controle que se limita a verificar aspectos formais, ignorando a investigação, torna-se um ato meramente homologatório, incapaz de coibir excessos acusatórios (*overcharging*) ou a imposição de obrigações desproporcionais.

Por isso, concorda-se com o arguido por Caio Domingues Nogueira da Fonseca, no sentido de que "a proposta de acordo de não persecução penal deve se traduzir em um projeto de denúncia formal", com a listagem de "todas as circunstâncias do delito" e dos "elementos de informação que embasaram a propositura e a confissão"²³⁸, sob pena de inviabilizar-se um autêntico controle judicial sobre o ANPP.

Este capítulo adentra, portanto, em um dos pontos centrais do instituto: a definição dos limites da cognição judicial sobre os fatos e as provas que sustentam o acordo de não persecução penal. Para tanto, serão abordados: os fundamentos para o controle judicial da base fática; a verificação da justa causa como requisito essencial; a vedação à celebração de acordos fundamentados em provas ilícitas; a importância dessa análise para a aferição da proporcionalidade das obrigações; e, por fim, os mecanismos processuais existentes para a efetivação desse controle.

4.1 Noções preliminares: fatos e provas na justiça penal negociada

O ponto de partida para uma teoria consistente do controle judicial do acordo de não persecução penal é compreender a posição do juiz nos arranjos negociais e, a partir daí, construir limites normativos que assegurem a voluntariedade, a legalidade e – aqui em especial

²³⁸ FONSECA, Caio Domingues Nogueira da Fonseca. O controle judicial do acordo de não persecução penal. 1ª Edição. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2024, p. 244.

– a suficiência do acervo fático-probatório que sustenta o consenso. A tradição empírica norte-americana desmontou a ideia de um juiz meramente decorativo nas negociações: Ryan e Alfin, por exemplo, registram que “o juiz de julgamento é, com frequência, um ator importante ou crucial na construção de acordos de confissão”, inclusive com participação direta no conteúdo da barganha. Em estudo empírico levado a efeito pelos autores, constatou-se que, em Chicago, a intervenção judicial era “agressiva”, e, no agregado, “um em cada quatro juízes criminais participa da substância das negociações”, influenciando ou mesmo dominando a decisão sobre a pena acordada²³⁹.

Esse dado é metodologicamente relevante para as discussões quanto ao ANPP: a despeito de normas que formalmente distribuem papéis, as práticas tendem a reconstituí-los em favor da eficiência e da previsibilidade, de modo que qualquer desenho de controle judicial da base fática no ANPP precisa combinar neutralidade e algum grau de intervenção judiciais, sob pena de irrelevância.

Já sob uma ótica microinteracional, Lee mostra como os juízes efetivamente equilibram neutralidade e eficiência ao intervir em encontros de barganha: com base em análise conversacional de gravações reais, a autora identifica três padrões recorrentes de conduta judicial – (i) exibição de *stance* (atitude), (ii) facilitação do processo e (iii) condução à resolução –, todos com impacto no resultado. A conclusão da autora é de que, mesmo mantendo uma postura em tese neutra, o juiz sempre acaba por influenciar as posições das partes e, naturalmente, baliza a faixa de resultados razoáveis²⁴⁰.

Essas observações dialogam diretamente com o controle judicial do acervo fático-probatório no ANPP, na medida em que o juiz que apenas chancela a avença sem testar fatos e provas abdica da sua função de “organizar a agenda”, “mover os barganhadores” e, sobretudo, impedir soluções desconexas dos elementos do caso, tarefas que, no Brasil, estão ancoradas no § 5º do art. 28-A (cláusulas “inadequadas, insuficientes ou abusivas”) e na possibilidade de devolução para “complementação das investigações” (§ 7º).

A literatura comparada também mapeia os freios normativos a essa participação. Em uma fotografia recente do quadro norte-americano, identifica-se que 18 (dezoito) Estados proíbem a participação judicial nas tratativas e vários restringem a atuação do juiz à audiência

²³⁹ RYAN, John Paul; ALFINI, James J.. *Trial Judges' Participation in Plea Bargaining: An Empirical Perspective*. In.: *Law & Society Review*, Volume 13, Issue 2, Winter 1979, pp. 479-507. DOI: <https://doi.org/10.2307/3053265>, pp. 480 e 502–503.

²⁴⁰ LEE, Seung-Hee. *The Scales of Justice: Balancing Neutrality and Efficiency in Plea-Bargaining Encounters*. In.: *Discourse & Society*, Vol 16(1), 2005, pp. 33-54. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/42888661>, p. 33–35 e 50–51.

de confissão, embora admitam, nessa fase, o escrutínio sobre a base fática da culpa, inclusive mediante perguntas que testam o fundamento probatório do acordo.²⁴¹ A consequência para o ANPP é clara: exigir neutralidade não significa cegar-se ao lastro empírico do consenso; pelo contrário, reforça o dever de escrutínio justamente na linha de evitar coercitividade ou inconsistência probatória.

Ademais, Felipe De-Lorenzi fornece uma advertência metodológica crucial para calibrar esse controle: negar a figura do “juiz investigador” e reafirmar a estrutura acusatória. O controle de suficiência probatória é devido, mas não pode ser suprido por iniciativa instrutória *ex officio* do magistrado; faltando elementos, não há espaço para o juiz “complementar” a prova, e o acordo não deve ser homologado. Já quanto a uma política legislativa, o autor defende a reserva de lei para traçar critérios rígidos e taxativos para os acordos, evitando a abertura ilimitada de discricionariedade e o surgimento de práticas informais, rememorando o exemplo do próprio ANPP, que foi inicialmente regulado por resolução do CNMP.²⁴²

A literatura norte-americana sobre transparência e devido processo em acordos complementa esse arranjo, a partir da qual se extrai que a opacidade estrutural da barganha – com registros superficiais, audiências pouco transparentes e um processo decisório não linear – acaba por comprometer a *accountability*²⁴³ associada à justiça penal negocial.²⁴⁴ Como solução a esse quadro, Jenia I. Turner propõe que as negociações sejam sempre acompanhadas de compromissos escritos, com a formalização de propostas e de razões “em ata”, formando-se uma base de dados pesquisáveis para reduzir assimetrias e permitir controle, inclusive judicial, sobre os fundamentos fático-probatórios e as concessões feitas pela acusação.²⁴⁵

Stephanos Bibas, por sua vez, compreende que “o mundo das confissões” que foi concebido por meio desse novo paradigma negocial redesenha o cenário das garantias

²⁴¹ HENDERSON, Kelsey S.; FOUNTAIN, Erika N.; REDLICH, Allison D.; CANTONE, Jason A.. *Judicial Strategies for Evaluating the Validity of Guilty Pleas*. In.: Court Review, 2023. Disponível em: <https://amjudges.org/publications/courtrv/CR59-2/CR59-2Henderson.pdf>.

²⁴² VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. “Justiça Negociada e Fundamentos do Direito Penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil” – Propostas para limitação normativa aos acordos e à atuação judicial no controle de suficiência probatória para homologação. In.: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2021, v. 29, n. 175, pp. 343-360.

²⁴³ Naquilo que interessa à presente tese, compreende-se que o conceito *accountability* “envolve responsabilidade (objetiva e subjetiva), controle, transparência, obrigação de prestação de contas, justificativas para as ações que foram ou deixaram de ser empreendidas, premiação e/ou castigo”. Para uma discussão mais aprofundada, ver.: GOMES DE PINHO, José Antônio; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability: já podemos traduzi-la para o português?*. In.: Rev. Adm. Pública, 43 (6), Dez/2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-76122009000600006>.

²⁴⁴ TURNER, Jenia I.. *Transparency in Plea Bargaining*. In.: Notre Dame L. Rev., volume 96, issue 3, 2021, pp. 973-1024. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol96/iss3/2/>, p. 976 e 1002-1016.

²⁴⁵ TURNER, Jenia I.. *Transparency in Plea Bargaining*. In.: Notre Dame L. Rev., volume 96, issue 3, 2021, pp. 973-1024. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol96/iss3/2/>, p. 976 e 1002-1016..

processuais penais clássicas, o que demanda uma transposição de proteções antes associadas ao julgamento para essa etapa negocial preliminar. Nesse sentido, é necessário que haja informações adequadas para o acusado/investigado sobre as punições máximas a que estaria sujeito e sobre eventuais consequências advindas da negociação, a fim de que a decisão de confessar possa ser consciente e exista a viabilização de mecanismos de verificação judicial mais substanciais.²⁴⁶

Esses dois aportes dialogam diretamente com o quadro ora enfrentado quanto ao ANPP: além do contraditório documental mínimo para que defesa e juiz “vejam” as evidências que sustentam a proposta de acordo feita pelo Ministério Público, é preciso registrar, de maneira reconstruível, as razões fáticas e jurídicas da suficiência da imputação penal indicada e da adequação do pacote de condições ao desvalor do fato – precisamente o que o uso da “pena provável” como teto hermenêutico pretende produzir.

Existe, todavia, um conjunto de distorções previsíveis no mercado da barganha que aconselham cautelas adicionais no desenho do controle judicial. Talia Fisher sugere que, na prática, muitos acordos “negociam por baixo” o padrão de prova requerido pela legislação, deslocando o sistema de um modelo epistêmico que racionaliza a justiça penal para um modelo transacional puro; sua provocação – pensar a “padronização negociável da prova” – alerta que, sem balizas, o sistema negocial penal pode de fato operar como se a suficiência probatória fosse não padronizada.²⁴⁷

Esses diagnósticos reforçam a centralidade, no ANPP, de um controle judicial que não aceite “trocas” epistêmicas: a suficiência mínima para a justa causa não se negocia; o que se negocia são consequências dentro de limites proporcionais ancorados no caso. O uso da “pena provável” como *standard* de proporcionalidade funciona, então, como antídoto ao “rebaixamento tácito” do padrão probatório para a formalização de acordos.

Outro vetor de risco extraído do estado da arte da justiça penal negociada é intertemporal. Russel D. Covey observa que, para reincidentes, o sistema se comporta como se aplicasse um “padrão de prova variável”, deslocando a aversão ao erro para punir mais cedo e

²⁴⁶ BIBAS, Stephanos. Judicial Fact-Finding and Sentence Enhancements in a World of Guilty Pleas. *In.*: The Yale Law Journal, vol 110, April 12, 2001, pp. 1097-1185. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/934/, pp. 1174-1177.

²⁴⁷ FISHER, Talia. The Boundaries of Plea Bargaining: Negotiating the Standard of Proof. *In.*: Journal of Criminal Law and Criminology, Volume 97, Issue 4 Summer, 2007, pp. 943-1008. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40042858>, p. 943-946 e 967-968.

barganhar mais caro – um mecanismo que pode naturalizar desigualdades e produzir confissões indevidas.²⁴⁸

O paralelo com o ANPP é direto: se o critério de cabimento (pena mínima em abstrato) e a avaliação ministerial de “necessidade e suficiência” forem aplicados com lentes mais rígidas para certos perfis, o acordo vira um instrumento de seleção adversa. O controle judicial do acervo fático-probatório, portanto, ao exigir que a proposta corresponda a um caso que “não é de arquivamento” e que as condições sejam proporcionalmente justificadas, serve como uma trava esse viés.

A experiência inglesa, examinada por Nobles e Schiff, adiciona uma lição institucional: em sistemas que abandonam o julgamento como modo dominante de produção de verdade, o controle recursal sobre confissões é estruturalmente restrito; as “tragédias” que chegam às Cortes de Apelação são, em regra, situações consumadas de irregularidade procedimental e de novas evidências que a transparência e o escrutínio prévio poderiam ter evitado.²⁴⁹

Para o ANPP, isso significa deslocar a ênfase do controle judicial para a origem, conferindo-se densidade à audiência de homologação, registrando as razões e evidências que sustentam a proposta de acordo, e negando-se a homologação quando a narrativa fática ou a prova não estiverem alinhadas com a imputação formulada pelo Ministério Público. Esse conjunto é coerente com a literatura sobre limites à participação judicial nos acordos penais negociais: a neutralidade exigida não exclui, mas sim impõe, uma verificação substantiva do fundamento fático no momento adequado. O que se veda, portanto, é a negociação de mérito pelo juiz, não o escrutínio do mérito probatório do que se pretende homologar.

A consolidação do controle judicial do acervo fático-probatório no ANPP também se robustece quando se integram achados teóricos e empíricos recentes sobre a justiça penal negociada, a começar pela própria normalização histórica da barganha no Direito Penal. No contexto norte-americano, William Ortman mostra que, se nos anos 1920 as *crime commissions* denunciaram a prática como “corrupção”, em poucas décadas ela foi reabilitada, a ponto de os *legal elites* e a própria Suprema Corte tratarem a negociação como “o” sistema de justiça criminal, de maneira que o discurso da eficiência tendeu a neutralizar a objeção tardia da

²⁴⁸ COVEY, Russel D. *Longitudinal Guilt: Repeat Offenders, Plea Bargaining, and the Variable Standard of Proof*. In.: Florida Law Review, Vol. 63, Iss. 2 [2011], pp. 431-456. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol63/iss2/4/>.

²⁴⁹ NOBLES, Richard; SCHIFF, David. The Supervision of Guilty Pleas by the Court of Appeal of England & Wales. In.: Criminal Law Forum, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10609-020-09400-2>, p. 2-4 e 31.

coerção.²⁵⁰ Esse pano de fundo realça o porquê de se deslocar a tutela de garantias para a origem: em contextos dominados por acordo, o exame judicial do lastro fático mínimo não é supérfluo, mas condição de legitimidade do consenso.

A literatura empírica também demonstra que o juiz não tende a ser um figurante neutro nas dinâmicas negociais. Alissa Pollitz Worden, examinando tribunais da Geórgia, evidencia que magistrados moldam “normas locais” e, quando rotineiramente acolhem as recomendações de pena do Ministério Público, “participam implicitamente” da barganha, deslocando o poder decisório em favor da acusação e influenciando padrões de processamento de casos.²⁵¹ Para o ANPP, isso significa que a homologação acrítica equivale a uma delegação de soberania decisória sobre fatos e consequências ao Ministério Público; portanto, o controle judicial da suficiência probatória não é digressão inquisitória, mas contrapeso institucional às pressões locais de eficiência e aos equilíbrios informais de poder que se estabelecem entre acusação e defesa.

Outra lição relevante vem do campo das provas técnico-científicas: Brandon Garrett e Gregory Mitchell mostram que, embora a retórica forense guarde uma aura de certa infalibilidade junto a muitos jurados e atores, grande parte das técnicas tradicionais (e.g., impressões digitais e balística forense) possuem histórico de uso com exageros e bases empíricas frágeis; na prática negocial, advogados muitas vezes recebem conclusões laboratoriais “sumárias”, sem informação metodológica, o que diminui o crivo jurídico sobre a confiabilidade probatória.²⁵² As lições a serem colhidas para o ANPP são duas: (i) a suficiência do acervo não pode assentar-se em laudos de baixa transparência metodológica ou em “atalhos” inferenciais típicos do discurso forense; (ii) o juiz deve exigir que a proposta do Ministério Público explicita o papel das evidências técnico-científicas no juízo de justa causa, inclusive para permitir, quando cabível, a devolução para esclarecimentos ou complementação.

Nessa mesma direção, Diana Veleda recusa a ideia de que a legitimidade epistêmica dos acordos dependa de que, no momento do consenso, já se atinja o padrão “além de dúvida razoável”; propõe, ao contrário, exigir que a acusação, para propor o acordo, satisfaça o mesmo standard probatório necessário para levar o caso ao Poder Judiciário, acrescentando que isso

²⁵⁰ ORTMAN, Williams. *When Plea Bargaining Became Normal*. In.: Boston University Law Review, vol 100, 2020, pp. 1435-1499. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3381772, p. 1437, 1487 e 1492.

²⁵¹ WORDEN, Alissa Pollitz. The judge’s role in plea bargaining: An analysis of judges’ agreement with prosecutors’ sentencing recommendations. In.: Justice Quarterly, 1995, 12:2, pp. 257-278. DOI: <http://dx.doi.org/10.1080/07418829500092671>, p. 257-259, 263-265.

²⁵² GARRET, Brandon L.; MITCHELL, Gregory. *Forensics and Fallibility: Comparing the Views of Lawyers and Jurors*. In.: West Virginia Law Review, vol 119, 2016, pp. 621-637. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3874/, p. 621-628 e 632-636.

melhora as condições epistêmicas da decisão, sem abolir as razões morais que justificam o consenso.²⁵³

Para a realidade do ANPP, isso se traduz no dever judicial de verificar uma justa causa qualificada – superior a uma suspeita genérica e baseada em elementos controláveis –, mesmo que não se exija, nesse estágio, o grau de certeza de condenação. Nesse arranjo, documentação escrita do acordo, exposição dos elementos de informação que o sustentam, triagem de ilicitudes e corroboração de fontes incentivadas tornam-se requisitos para que o juiz ateste voluntariedade e legalidade com base em fatos e provas – e não apesar deles, em coerência com o papel restrito (não negociador) que a tradição comparada lhe reserva e com a exigência, aqui defendida, de cognição fática suficiente antes da homologação.

Em síntese, os achados sobre papéis judiciais reais na justiça penal negocial impõem que, no ANPP, o juiz atue como garantidor público da aderência entre fatos provados (ou ao menos indícios robustos) e o conteúdo do acordo, sob pena de serem produzidas assimetrias entre as negociações e homologações de acordos e institucionalizadas práticas de tratamentos mais severos a determinados delitos e agentes.

Essa compreensão dialoga com a literatura nacional, que também vem problematizando o papel da verdade e da prova no contexto da justiça penal negocial. Luis Felipe Schneider Kircher observa que a consensualidade não elimina a função epistêmica do processo penal, mas a reconfigura, deslocando-a para um plano de verificação de plausibilidade. O autor sustenta que o ANPP só se legitima quando a confissão e os elementos informativos que a acompanham formam um lastro mínimo de realidade, capaz de afastar decisões meramente formais. A função judicial, nesse cenário, não é reconstruir a verdade, mas garantir que o consenso se apoie em uma base empírica controlável – o que assegura legitimidade democrática ao instituto e preserva o direito de defesa do investigado²⁵⁴.

No mesmo sentido, Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa adverte que a expansão dos espaços de consenso no direito penal não afasta a necessidade de verossimilhança fática. A justiça penal negocial, segundo o autor, opera com um modelo de verdade mitigada, mas, ainda assim, vinculada à responsabilidade material pelo fato. Admitir a aplicação de sanções sem algum grau de correlação entre imputação e prova significaria dissolver o sentido jurídico do

²⁵³ VELEDA, Diana. *La decisión sobre la quaestio facti en los acuerdos de culpabilidad*. In.: *Quaestio facti*. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, N. 2 | 2021, pp. 155-184, Madrid, 2021. DOI: https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22461.

²⁵⁴ KIRCHER, Luis Felipe Schneider. Justiça penal negocial e verdade: há algum tipo de conciliação possível? In: SALGADO, Daniel; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 61-67

próprio processo. O consenso, portanto, só é compatível com o processo penal quando sustentado por uma narrativa minimamente comprovada, apta a justificar a atuação do juiz e a intervenção estatal no caso concreto²⁵⁵.

Assim, o controle judicial do acervo fático-probatório no ANPP não é uma intrusão na esfera acusatória, mas sim o núcleo que legitima o consenso e impede que a justiça negocial troque provas por velocidade.

4.2 Fundamentos para o controle judicial da base fática dos acordos

A discussão sobre os limites da cognição judicial na homologação do acordo de não persecução penal representa um dos pontos mais sensíveis do instituto, opondo uma visão que restringe o juiz a um mero controle formal a outra que defende a necessidade de uma análise substancial dos requisitos expostos no art. 28-A, o que naturalmente perpassa pela base fático-probatória.

Sob um ângulo estritamente formalista do sistema acusatório, poder-se-ia defender que o magistrado não deve adentrar no mérito do acordo ou na conveniência das cláusulas ajustadas entre o acusado/investigado e o Ministério Público, limitando-se a uma verificação da regularidade, da liberdade das partes e dos aspectos formais e legais. Nessa perspectiva, a análise da base fática seria uma atribuição exclusiva do Ministério Público, titular da ação penal e da *opinio delicti*, bastando ao órgão acusatório, essencialmente, avaliar se seria ou não o caso de arquivamento.

Ocorre que essa perspectiva concentra demasiados poderes na figura do Ministério Público, na medida em que inexistente qualquer exigência que a acusação fundamente de forma clara e específica o porquê de não estar promovendo o arquivamento dos autos no caso concreto. É dizer, o próprio impulsionamento da ação penal pelo Ministério Público, sem maiores esclarecimentos quanto a uma impossibilidade de arquivamento, já viabiliza a propositura do ANPP e, conseqüentemente, o desenrolar da ação penal.

Por outro ângulo, uma leitura substantiva do sistema acusatório mostra-se mais compatível com o papel do magistrado em uma democracia constitucional, na medida em que o Poder Judiciário atua precipuamente como garantidor dos direitos fundamentais no processo penal. Nesse sentido, um controle judicial que deixe de analisar, ainda que minimamente, os

²⁵⁵ COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Breves apontamentos sobre o consenso e a verdade no processo penal: reflexões a partir dos acordos de não persecução penal. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 7, n. 13, jul.–dez. 2022, p. 146-147.

elementos de prova e informação que sustentem a investigação preliminar e o ANPP corre o risco de homologar injustiças e validar abusos, transformando o juiz em um mero chanceler de atos negociados à margem de um escrutínio efetivo e dos princípios que regem o processo penal, o que não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio:

No sistema jurídico criminal brasileiro, compete ao juiz, com o fim de evitar abusos e excessos, avaliar se os elementos de informação obtidos na investigação e que amparam a proposta são lícitos, bem como se há indícios suficientes para comprovar a autoria, a materialidade e sustentar a confissão.²⁵⁶

Como bem delimitado anteriormente, os próprios termos do artigo 28-A do CPP já fornecem os fundamentos iniciais para essa atuação mais robusta do magistrado, ao se determinar expressamente que haja uma verificação da legalidade e da voluntariedade do acordo de não persecução penal.

Portanto, a lei impõe desde o início uma análise que transcende a mera assinatura das partes no termo, precisamente porque a conformidade de um ANPP com o art. 28-A do CPP não se esgota na adequação de suas cláusulas com o rol legal, pressupondo que a própria persecução penal subjacente seja legítima, o que demanda a verificação do suporte probatório associado à investigação preliminar.

Ademais, o poder conferido ao juiz para recusar a homologação do ANPP diante de cláusulas “inadequadas, insuficientes ou abusivas” (art. 28-A, §5º do CPP) seria inócuo sem que o controle judicial pudesse se debruçar sobre o acervo fático-probatório. De igual maneira, a possibilidade de o magistrado, ao recusar a homologação, devolver os autos ao Ministério Público para que haja a “complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia” (art. 28-A, §8º do CPP) também pressupõe uma avaliação judicial sobre a suficiência dos fatos e provas colhidos no curso da investigação preliminar.

Veja-se que os próprios dispositivos que regulamentam o papel do magistrado no contexto de um acordo de não persecução penal já indicam que a atividade jurisdicional necessariamente perpassa por uma análise dos fatos e das provas colhidos pelo Ministério Público, sendo impossível o juiz exercer os comandos legais do art. 28-A do CPP sem se posicionar quanto a esses elementos, ainda que minimamente.

O fundamento para o controle judicial da base fático-probatória do ANPP reside, portanto, na própria sistemática delimitada pelo art. 28-A do CPP, que exige uma participação

²⁵⁶ FONSECA, Caio Domingues Nogueira da Fonseca. O controle judicial do acordo de não persecução penal. 1ª Edição. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2024, p. 245.

ativa do magistrado na proteção dos direitos e garantias fundamentais do acusado/investigado quando da formalização do ajuste com o Ministério Público, de forma que um incurso na base fático-probatória formada após a investigação preliminar é um pressuposto lógico para o desempenho dessas atividades.

Nesse sentido, pesquisa empírica realizada por Vinicius Vasconcellos e Camylla Moreira da Paz²⁵⁷ com o acompanhamento de 100 (cem) audiências de homologação de ANPP em 11 (onze) Varas Criminais de Goiânia/GO, a fim de verificar a hipótese de que o controle judicial do ANPP é pouco efetivo na prática, demonstrou que 100% dos acordos foram homologados, o que indica para a inexistência de um ajuste na prática, mas sim um verdadeiro contrato de adesão²⁵⁸.

Portanto, diante de um cenário de evidente assimetria entre as partes – acusado e acusação –, essa modalidade de controle judicial não visa substituir a *opinio delicti* do Ministério Público, mas sim assegurar que ela possua um lastro mínimo de prova, funcionando como um filtro inicial contra acusações temerárias ou excessivas (*overcharging*) que poderiam coagir um acusado/investigado a aceitar um ANPP sem substrato, apenas para evitar os riscos de deflagração de um processo penal inflado artificialmente.

4.3 Controle judicial da justa causa para a celebração do ANPP

O ponto de partida para a celebração do ANPP, conforme o *caput* do art. 28-A do CPP, é que a situação em análise não seja caso de arquivamento, tratando-se de um comando normativo que impõe ao Ministério Público e, em sede de controle, ao Poder Judiciário, a verificação da existência de justa causa para um eventual processo penal. Afinal, se o ANPP almeja obstar o início de uma ação penal, só se pode falar em acordo de não persecução penal relativamente a um cenário no qual o Ministério Público teria condições de prosseguir com o processo, em contraste com o arquivamento.

²⁵⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOREIRA DA PAZ, Camylla. O controle judicial da voluntariedade para homologação do acordo de não persecução penal: pesquisa empírica nas Varas Criminais de Goiânia/GO. *In.*: Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 11, 2024. DOI: <https://doi.org/10.19092/reed.v11.885>. Acesso: 30 ago 2025.

²⁵⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 187.

Avaliam-se, assim, a plausibilidade e a coerência dos fatos narrados²⁵⁹, questionando-se se há lastro probatório suficiente e compatibilidade formal e material com a confissão exigida pelo *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal.

Conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a justa causa é uma condição da ação penal (art. 395, inciso III do CPP), traduzindo-se na exigência legal para o recebimento da denúncia, instauração e processamento da ação, sendo resultado do somatório de três componentes essenciais: (i) tipicidade (adequação de uma conduta a um tipo penal); (ii) punibilidade (além de típica, a conduta precisa ser punível, ou seja, não existir quaisquer das causas extintivas da punibilidade); e (iii) viabilidade (existência de fundados indícios de autoria)²⁶⁰.

A doutrina brasileira consolidou a causa como elemento de legitimação da ação penal e, em última instância, de contenção do poder punitivo. José Frederico Marques já afirmava que o direito de acusar não se confunde com o direito de perseguir, sendo indispensável um suporte mínimo de fatos e provas que demonstre a plausibilidade da imputação. Em sua leitura, a justa causa é o que impede que o processo penal se converta em instrumento de opressão estatal, impondo ao órgão acusatório a demonstração de “fundamento razoável e elementos indiciários idôneos” capazes de afastar o caráter temerário da persecução. Deste modo, o instituto se ancora no devido processo legal e na proteção dos cidadãos contra acusações infundadas, atuando como filtro prévio à instauração de procedimentos penais desnecessários²⁶¹.

Ada Pellegrini Grinover, por sua vez, desenvolveu essa formulação sob uma perspectiva sistemática: a justa causa não é simples condição formal da ação, mas expressão de sua legitimidade jurídica e ética. O instituto impede que o mero oferecimento da denúncia produza coação ilegítima sobre o investigado, impondo ao Ministério Público um ônus argumentativo mínimo quanto à materialidade e à autoria. Ao exigir esse embasamento fático, a doutrina de Ada preserva a autonomia científica do processo penal e afasta o uso da ação penal dissociada

²⁵⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 187.

²⁶⁰ Para ilustrar esse entendimento, citam-se os seguintes julgados: AgR no HC 226.321/MG, rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 4 maio 2023; Inq 4215/DF, rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgamento em 3 abr. 2023, DJe de 10 maio 2023; HC 205.000/RJ, rel. Min. Nunes Marques, Segunda Turma, julgamento em 22 fev. 2022, DJe de 28 abr. 2022; HC 95.058/ES, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgamento em 4 set. 2012, DJe de 14 dez. 2012; e HC 230.647/SP, rel. Min. Flávio Dino, Primeira Turma, julgamento em 22 abr. 2024, DJe de 2 maio 2024.

²⁶¹ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 328-330.

dos fatos, articulando o instituto às cláusulas constitucionais da presunção de inocência e da intervenção mínima²⁶².

Maria Thereza Rocha de Assis Moura, em diálogo com a tradição de Frederico Marques e Ada Pellegrini Grinover, amplia o alcance do conceito, ao tratá-lo como cláusula de verificação da legitimidade da coação penal, capaz de abranger tanto os requisitos formais da ação quanto a substância da acusação²⁶³. Na mesma linha de atualização crítica, Gabriel Antinolfi Divan propõe que o conceito evolua para uma “conexão instrumental ao caso concreto”, pela qual a justa causa se transforma em instrumento político-criminal de filtragem qualitativa da persecução penal. Para o autor, o juízo sobre a existência de justa causa não se reduz a constatação de indícios, mas envolve também a verificação da proporcionalidade e da necessidade da intervenção penal, funcionando como instância de aferição da legitimidade da acusação e de sua plausibilidade empírica²⁶⁴.

Trata-se, portanto, do suporte probatório mínimo que confere legitimidade à persecução penal intentada pelo Ministério Público, consubstanciado em indícios iniciais suficientes de autoria e prova da materialidade do delito, a fim de que a denúncia possa ser recebida e processada pelo magistrado competente, na forma dos arts. 396 e 399 do CPP.

Ainda que o escrutínio quanto à justa causa esteja positivado no Código de Processo Penal apenas e tão somente no momento da análise pelo magistrado do recebimento da denúncia – sendo aqui, portanto, mais rígido –, há uma clara comunicação com o art. 28-A do CPP, na medida em que o requisito de não ser hipótese de arquivamento traduz, precisamente, a existência de indícios mínimos quanto à viabilidade do prosseguimento da ação penal.

Embora a justa causa para o ANPP guarde estreita similitude com a exigida para o recebimento da denúncia (indícios de autoria e materialidade), trata-se de um standard probatório aproximado. A distinção reside na funcionalidade: no incidente de ANPP, a insuficiência probatória detectada pelo juiz não leva necessariamente à rejeição imediata de uma acusação (coisa julgada formal), mas permite a devolução dos autos ao Ministério Público para aprimoramento das investigações ou arquivamento, funcionando como um filtro de qualidade anterior à formalização da acusação.

²⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal (uma tentativa de revisão)*. São Paulo: Jorge Bushatsky, 1977. p. 27-33.

²⁶³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a Ação Penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 126-127.

²⁶⁴ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Justa causa para a ação penal e “conexão instrumental ao caso concreto”*: novas possibilidades teóricas e uso político-criminal. *Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 38-57, jan./jun. 2017.

Portanto, ainda que não se possa falar propriamente em análise de justa causa para fins de se verificar o cabimento do acordo de não persecução penal, na acepção própria do termo quanto ao recebimento ou não da denúncia, é fato que o controle judicial da base fático-probatória do ANPP possui correlações com o instituto, na medida em que caberá ao magistrado identificar se a investigação preliminar do Ministério Público possui suporte mínimo para que possa prosseguir.

Isso é reforçado pelo fato de a não homologação do acordo não levar, imediatamente, a uma discussão acerca do recebimento da denúncia pelo magistrado, havendo a possibilidade de o Ministério Público prosseguir com a complementação das investigações, a fim de que haja seu posterior oferecimento (art. 28-A, §8º do CPP), na medida em que “a escolha do momento de oferecer a denúncia é prerrogativa do Ministério Público” (AgR no Inq 3998/DF, relator Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, DJe de 20/10/2017).

Assim, não obstante ambas serem incumbência do magistrado e associadas ao acervo fático-probatório dos autos, não se pode confundir a verificação da justa causa para fins de recebimento da denúncia (art. 395, inciso III do CPP) com a análise da existência de indícios mínimos e suficientes para prosseguimento de uma futura ação penal, na hipótese de o ANPP não ser formalizado entre o Ministério Público e o acusado/investigado (art. 28-A do CPP).

Naquilo que interesse à presente tese, compreende-se a oferta de um ANPP quando não há sequer elementos para o início de uma ação penal é uma coação ilegal por parte do Ministério Público, que subverte a lógica do acordo de não persecução penal e viola a presunção de inocência, na medida em que a acusação tem o dever de propor o acordo quando, uma vez observados os demais requisitos, não se tratar de caso de arquivamento – logo, com elementos suficientes para o oferecimento de uma denúncia.

Nesse cenário, o controle judicial do acervo fático-probatório emerge como uma salvaguarda relevante contra o "problema dos inocentes" – o risco de que um indivíduo, mesmo inocente, aceitar as condições de um ANPP em razão das externalidades e das incertezas de um processo criminal:

Assim, compete aos juízes controlarem judicialmente a propositura, bem como o não oferecimento de acordo de não persecução penal e, nesse último caso, obstar o uso da *justiça conflituosa* em detrimento da *justiça negociada* – quando esta for possível –, seja pela rejeição liminar da denúncia (art. 395, CPP), seja pelo trancamento da ação penal ante a falta de interesse de agir do órgão da acusação.²⁶⁵

²⁶⁵ FONSECA, Caio Domingues Nogueira da Fonseca. O controle judicial do acordo de não persecução penal. 1ª Edição. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2024, p. 251.

Dessa maneira, o controle judicial atua como uma fiscalização do dever ministerial de avaliar a viabilidade de uma futura ação penal antes de propor o acordo, à luz dos fatos e provas indicados pelo *Parquet*. Deparando-se com um acordo desprovido de lastro probatório mínimo, ou cuja atipicidade material seja evidente, o magistrado deve recusar a homologação. A consequência lógica, nos termos do §8º do art. 28-A do CPP, é a devolução dos autos ao órgão acusatório, para que reavalie o caso e os resultados das investigações preliminares, evitando-se assim a formalização de um ANPP que venha a prejudicar a esfera jurídica do acusado/investigado sem os fundamentos devidos.

4.4 ANPP e provas ilícitas

O controle de legalidade do acordo abrange, necessariamente, a legalidade dos elementos de informação que o fundamentam, na medida em que um acordo de não persecução penal não pode ser construído sobre as fundações de uma prova ilícita. A Constituição de 1988, em seu art. 5º, LVI, e o Código de Processo Penal, no art. 157, são categóricos ao vedarem a admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, bem como daquelas que delas derivam, conforme a teoria dos frutos da árvore envenenada, positivada pelo § 1º do art. 157 do CPP.

Partindo-se dessa premissa, e tendo-se em conta que a proposta de um acordo de não persecução penal feita pelo Ministério Público depende de uma investigação preliminar levada a efeito pelas autoridades competentes, é consequência lógica que permitir a homologação de um ANPP baseado em evidências colhidas ilegalmente (*e.g.*, busca domiciliar sem mandado e baseada apenas em denúncia anônima, confissão obtida sob coação ou uma interceptação telefônica clandestina) seria uma chancela judicial à própria ilicitude, o que é inadmissível no Estado de Direito.

Nesse sentido, o magistrado, ao se debruçar sobre o acordo formalizado pelo *Parquet* com o acusado/investigado, deve avaliar se o acervo fático-probatório que fundamenta o ANPP a ser homologado se suporta ou deriva de algum elemento ilícito, hipóteses na qual não poderá proceder à homologação, sob pena de violação direta à Constituição de 1988 e ao Código de Processo Penal.

Afinal, se o objetivo primordial do ANPP é precisamente evitar o desenrolar de um processo penal nas hipóteses em que o legislador entendeu por desnecessária a persecução, e se o processo penal não pode ter seu desenrolar com base em meios ilícitos de prova, com maior

razão não pode o acordo de não persecução penal ser homologado sem a higidez do acervo fático-probatório delineado na investigação preliminar.

Logo, no ato da homologação, o magistrado tem o poder-dever de analisar eventuais indícios de ilicitude probatória e, caso constate a existência de prova obtida por meio ilícito, esta deve ser desconsiderada e desentranhada dos autos, na forma do art. 157, *caput* e §1º do CPP. Ao avaliar os elementos de provas remanescentes – oriundos de fontes lícitas ou independentes (§2º do art. 157 do CPP) –, o magistrado deve ponderar se são suficientes para configurar a justa causa de uma futura e possível ação penal. Em a resposta sendo negativa, o acordo de não persecução penal não pode ser homologado, devendo ocorrer o arquivamento da investigação.

Inclusive, a doutrina recente tem avançado na proposição de mecanismos processuais autônomos para a verificação prévia da licitude probatória. Renato Stanziola Vieira, ao examinar o controle da obtenção de elementos de prova e sua admissibilidade no processo penal, defende a existência de uma etapa específica de depuração da prova, anterior à valoração judicial, como forma de assegurar coerência epistêmica e proteção aos direitos fundamentais. Essa estrutura permitiria ao juiz exercer um controle qualificado sobre a origem dos elementos probatórios que embasam o ANPP, sem interferir no mérito da negociação²⁶⁶.

Na mesma linha, Marcos Eberhardt propõe a criação de um “incidente de ilicitude probatória”, destinado à análise concentrada e prévia da licitude das provas, antes de seu uso processual. A proposta busca conferir autonomia procedimental ao exame da prova ilícita e evitar que o magistrado, ao homologar o acordo, valide indiretamente elementos contaminados. Ainda que não se trate de mecanismo concebido especificamente para o ANPP, é possível traçar um paralelo com o controle judicial aqui defendido, na medida em que ambos partem da premissa de que a higidez do acervo fático-probatório é condição para a validade de qualquer decisão consensual e para a preservação da legitimidade da justiça penal negocial²⁶⁷.

Ignorar essa faceta do controle judicial do acervo fático-probatório esvaziaria sua função e permitiria com que a justiça negocial fosse deturpada para, ao final, se tornar um meio de violação de garantias constitucionais. Isso porque, se a prova produzida pelo Ministério Público no curso da investigação preliminar não é apta a subsidiar o desenrolar de um processo penal,

²⁶⁶ VIEIRA, Renato Stanziola. Controle na obtenção de elementos de prova e sua admissibilidade no processo penal brasileiro. São Paulo, 2020. Tese (Doutorado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020. p. 187-191, 253-260.

²⁶⁷ Sobre a proposta de incidente de ilicitude probatória, ver: EBERHARDT, Marcos, Tratamento processual da prova ilícita: incidente probatório. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 121-130, 215-223.

não há como defender que essa mesma prova, ilícita, possa fundamentar a propositura de um ANPP.

4.5 Importância do controle judicial da base fática na verificação das obrigações pactuadas

O controle judicial da base fático-probatória do ANPP também se traduz em um instrumento indispensável para que o magistrado exerça seu poder de controle sobre o conteúdo do acordo formalizado entre o Ministério Público e o acusado/investigado, sobretudo sobre a proporcionalidade e a razoabilidade das cláusulas obrigacionais impostas ao investigado.

Afinal, o Código de Processo Penal informa que o ANPP é uma alternativa à persecução penal, “desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (art. 28-A, *caput*), bem como que as condições consignadas no acordo devem ser “proporcionais e compatíveis com a infração penal imputada” (art. 28-A, V).

Portanto, se o CPP confere ao juiz a incumbência de avaliar a conformidade do acordo proposto pelo *Parquet* com os requisitos legais (§4º do art. 28-A do CPP) e o poder de devolver o ANPP ao Ministério Público caso considere as condições nele dispostas como “inadequadas, insuficientes ou abusivas” (§5º do art. 28-A do CPP), o magistrado possui uma competência implícita de avaliação do acervo fático-probatório para identificar se, no caso concreto, as condições estipuladas no ANPP estão em consonância com o resultado da investigação preliminar.

A necessidade e a suficiência do ANPP para reprovação e prevenção do crime, bem como a proporcionalidade e a adequação das condições insculpidas no acordo à luz da imputação penal feita pelo *Parquet* não podem ser analisadas em abstrato, estando intrinsecamente ligadas aos fatos e às provas dos autos.

Nesse mesmo sentido, para aferir se o valor da reparação do dano é justo, se a renúncia de bens é correspondente ao proveito do crime ou se a prestação pecuniária não é excessiva, o juiz deve ter acesso aos elementos da investigação que dimensionam o fato e suas consequências, a fim de analisar criticamente a congruência entre os termos do ANPP e a imputação penal descrita pelo Ministério Público.

Sem a avaliação jurisdicional da base fático-probatória do acordo de não persecução penal, o controle das cláusulas se torna um exercício meramente formal, incapaz de coibir a imposição de obrigações desproporcionais que transformariam o ANPP de um benefício em um fardo mais pesado que a própria sanção penal. Assim, o controle dos fatos e das provas

associados ao ANPP é o que dá substância ao poder-dever do juiz de garantir não apenas a legalidade formal, mas a justiça material do acordo.

4.6 Mecanismos processuais existentes de controle mínimo da base fático-probatória

Conforme já abordado ao longo deste trabalho, o atual arquétipo-normativo não prevê um procedimento específico para o controle judicial do ANPP, o que naturalmente alcança sua base fático-probatória. Não obstante, compreende-se que a legislação penal oferece mecanismos que, se interpretados sistematicamente, legitimam e viabilizam essa atuação judicial, com vistas a garantir a adequação do acordo aos requisitos do Código de Processo Penal.

O primeiro é, naturalmente, a audiência de homologação do ANPP, prevista no §4º do art. 28-A do CPP, que é o momento processual por excelência para esse controle, já que nela, o juiz, na presença do investigado e de sua defesa, pode e deve inquirir sobre os fatos, as provas existentes e as circunstâncias que levaram à celebração do acordo, garantindo uma verificação efetiva da legalidade e da voluntariedade. Pesquisas empíricas, contudo, demonstram que isso não ocorre.

Nesse sentido, a já mencionada pesquisa empírica realizada por Vinicius Vasconcellos e Camylla Moreira da Paz²⁶⁸ tinha como objetivo verificar a hipótese de o controle judicial do ANPP ser pouco efetivo na prática, esvaziando-se o dever de informação para assegurar a voluntariedade da pessoa imputada.

Destacam-se aqui os seguintes achados: (i) 100% dos acordos foram homologados; (ii) em 46% dos casos não houve qualquer questionamento direto ao imputado sobre a decisão de aceitar o acordo; (iii) em 62% das audiências não questionou se a pessoa sabia quais eram os fatos acusados que foram objeto do acordo; e (iv) em nenhuma audiência houve pergunta se a pessoa, ou seu advogado, havia acessado os autos do inquérito policial ou informação sobre tal direito. Ao final, a conclusão dos autores foi de que:

[...] o controle judicial da voluntariedade é realizado de modo extremamente superficial, sem um efetivo questionamento à pessoa imputada sobre fatores relevantes da tomada de decisão e das informações consideradas para tanto.

²⁶⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOREIRA DA PAZ, Camylla. O controle judicial da voluntariedade para homologação do acordo de não persecução penal: pesquisa empírica nas Varas Criminais de Goiânia/GO. *In.*: Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 11, 2024. DOI: <https://doi.org/10.19092/reed.v11.885>. Acesso: 30 ago 2025.

Quando não ignorada, a determinação legal que impõe a realização de uma audiência é esvaziada, visto que tal ato se torna um procedimento burocrático sem efetiva verificação e controle do acordo.²⁶⁹

Na linha do identificado pelos autores, um segundo mecanismo de relevo para o controle judicial da base fático-probatória do ANPP é o acesso integral aos autos da investigação preliminar, na medida em que a premissa para qualquer controle é a informação. Nessa toada, tanto o magistrado quanto as partes envolvidas no acordo de não persecução penal devem ter acesso irrestrito ao procedimento investigatório (inquérito policial ou PIC) que embasa a proposta do Ministério Público, no intuito de que possam ter consciência e conhecimento do estado de coisas que fundamentaria uma futura ação penal.

Sem isso, qualquer decisão homologatória seria um ato cego por parte do magistrado, na medida em que a conclusão jurídica pela (não) homologação do ANPP necessariamente perpassa por um juízo valorativo sobre os fatos e provas dos autos. Portanto, esse acesso é fundamental não apenas para o juiz, mas também para a defesa, cujo direito de acesso amplo aos elementos de prova já documentados é garantido pela Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal.²⁷⁰

Finalmente, em terceiro lugar, compreende-se que a garantia fundamental do *habeas corpus* permanece como um remédio processual à disposição da defesa para impugnar, a qualquer tempo, procedimentos que contrariem o regulamento do art. 28-A do CPP. Compreende-se que o remédio constitucional pode inclusive ser utilizado para provocar o controle judicial da base fático-probatória do ANPP antes mesmo da homologação do acordo pelo magistrado, em razão da sua finalidade de proteger a liberdade de locomoção.

4.7 Síntese do capítulo: repensando o controle judicial da base fático-probatória no ANPP

O sistema de justiça criminal brasileiro atravessa um momento de profunda reconfiguração paradigmática, impulsionado pela Lei nº 13.964/2019. Esta legislação consolidou uma tendência global de expansão da justiça penal negocial, deslocando o eixo do

²⁶⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOREIRA DA PAZ, Camylla. O controle judicial da voluntariedade para homologação do acordo de não persecução penal: pesquisa empírica nas Varas Criminais de Goiânia/GO. *In.*: Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 11, 2024. DOI: <https://doi.org/10.19092/reed.v11.885>. Acesso: 30 ago 2025, p. 22.

²⁷⁰ Súmula Vinculante nº 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

tradicional julgamento adversarial para um modelo que privilegia o consenso, a gestão eficiente de casos e a racionalização de recursos públicos. Essa mudança é uma resposta pragmática a desafios sistêmicos, como a crônica sobrecarga do Judiciário e a busca por maior celeridade em um país que ostenta a terceira maior população carcerária do mundo.

Nesse cenário, o acordo de não persecução penal emerge como a mais proeminente inovação, estendendo a possibilidade de soluções consensuais para uma vasta gama de infrações penais. A promessa subjacente é a de um sistema mais ágil, capaz de concentrar seus limitados recursos nos crimes de maior gravidade. Contudo, essa transição não é isenta de riscos significativos.

Como visto, a experiência internacional serve como um poderoso alerta sobre as patologias que podem emergir quando o consenso substitui o confronto. Conforme detalha Stephanos Bibas, o sistema norte-americano, onde mais de 95% das condenações são obtidas por meio de confissões de culpa, demonstra que a justiça negociada, ao mesmo tempo que oferece eficiência, carrega o potencial para a coerção sistêmica, o risco aumentado de condenação de inocentes e a erosão de garantias processuais fundamentais.²⁷¹

Diante dessa encruzilhada, o papel do controle judicial sobre os acordos celebrados torna-se o ponto nevrálgico para a legitimação do novo modelo. Esta tese sustenta que o controle judicial substancial sobre a base fático-probatória do ANPP não constitui uma interferência indevida na discricionariedade do Ministério Público, mas sim um imperativo constitucional e o principal mecanismo de salvaguarda do instituto. Longe de ser um mero ato homologatório, a análise rigorosa dos elementos de informação que sustentam o acordo é a função jurisdicional essencial para mitigar os riscos sistêmicos da justiça negociada, funcionando como a barreira final contra a coerção de investigados, a validação de investigações frágeis ou ilícitas e a subversão do princípio da legalidade.

A lógica teórica da negociação, que ocorre "na sombra do julgamento", postula que um acusado racional aceita um acordo se a pena oferecida for menor que a pena esperada no julgamento, ponderada pela probabilidade de condenação. Essa probabilidade, por sua vez, está diretamente ligada à força da base fático-probatória, como explica Bibas.²⁷²

²⁷¹ BIBAS, Stephanos. Judicial Fact-Finding and Sentence Enhancements in a World of Guilty Pleas. *In.*: The Yale Law Journal, vol 110, April 12, 2001, pp. 1097-1185. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/934/, pp. 1174-1177.

²⁷² BIBAS, Stephanos. Judicial Fact-Finding and Sentence Enhancements in a World of Guilty Pleas. *In.*: The Yale Law Journal, vol 110, April 12, 2001, pp. 1097-1185. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/934/, pp. 1174-1177.

A reconfiguração da justiça em torno do consenso impõe uma redefinição do papel do juiz. A análise comparada revela um espectro de modelos de atuação judicial, desde o juiz ausente, que se limita a aceitar ou rejeitar o acordo final, até o juiz participante ativo, que se envolve diretamente nas negociações. O legislador brasileiro, ao desenhar o ANPP, optou pelo modelo do "juiz guardião", que exerce um controle *ex post* sobre o acordo finalizado, verificando sua conformidade com a lei e as garantias fundamentais.

No entanto, o funcionamento desse arquétipo depende inteiramente da substância e da profundidade do controle exercido. O principal risco que ameaça o ANPP no Brasil é a degeneração dessa função de controle em um ritual meramente formalista, um "ato de chancelaria" que simplesmente ratifica o que foi acordado entre as partes, sem um escrutínio real.

Essa prática de homologação automática, como observa Seung-Hee Lee, esvazia a função de guardião, transformando o juiz em um mero facilitador da política criminal do Ministério Público, sob a pressão da eficiência e da gestão de pautas sobrecarregadas.²⁷³ A pesquisa de Kelsey S. Henderson e outros reforça essa preocupação, ao mostrar que os juízes tendem a confiar majoritariamente nos advogados de defesa para garantir a validade das confissões, uma suposição que pode ser falha dadas as pressões sistêmicas sobre a defesa, especialmente a pública.²⁷⁴ A verdadeira salvaguarda contra a coerção e a injustiça não reside na ausência do juiz durante a negociação, mas na presença de um controle judicial que seja, ao mesmo tempo, substancial e transparente após a sua conclusão.

A justiça penal negociada, embora impulsionada por legítimas preocupações com a eficiência, carrega riscos intrínsecos de coerção, disparidade e, em seu extremo mais grave, de condenação de inocentes. A experiência do *plea bargaining* norte-americano, por exemplo, serve como um alerta contundente sobre as patologias que podem se desenvolver em um sistema que prioriza a celeridade em detrimento das garantias materiais. No contexto brasileiro, a legitimidade do ANPP depende, de forma crucial, da existência de um controle judicial que vá além do formalismo.

O argumento central aqui desenvolvido é que o controle sobre a base fático-probatória do acordo não é uma opção, mas um dever jurisdicional e a pedra angular de sua validade. A verificação da voluntariedade e da legalidade, desvinculada de uma análise dos fatos e das

²⁷³ LEE, Seung-Hee. *The Scales of Justice: Balancing Neutrality and Efficiency in Plea-Bargaining Encounters*. In.: *Discourse & Society*, Vol 16(1), 2005, pp. 33-54. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/42888661>.

²⁷⁴ ENDERSON, Kelsey S.; FOUNTAIN, Erika N.; REDLICH, Allison D.; CANTONE, Jason A.. *Judicial Strategies for Evaluating the Validity of Guilty Pleas*. In.: *Court Review*, 2023. Disponível em: <https://amjudges.org/publications/courtrv/CR59-2/CR59-2Henderson.pdf>.

provas, torna-se um exercício vazio. O padrão adequado para esse controle é o da justa causa, que assegura que a persecução penal, mesmo na sua forma consensual, só avance quando houver um fundamento jurídico-probatório mínimo.

Nesse sentido, ao longo deste capítulo, demonstrou-se que o controle judicial da base fático-probatória do ANPP transcende a mera faculdade, configurando-se como um dever jurisdicional imposto pela própria sistemática do instituto e pelos princípios constitucionais que regem o processo penal. A análise dos fatos e das provas, como visto, é a condição de possibilidade para que os controles de legalidade e voluntariedade, examinados nos capítulos anteriores, adquiram substância e efetividade.

Nessa linha, o papel do juiz não se esgota na verificação ritual de requisitos formais: exige-se uma cognição compatível com a tarefa de filtrar acordos que só podem ser válidos se firmados sobre um lastro empírico minimamente robusto, sem que isso importe em substituição do órgão acusatório na atividade investigativa. O equilíbrio entre neutralidade e intervenção se realiza, aqui, por um controle epistêmico suficiente: o magistrado testa a aderência entre narrativa fática, elementos informativos coligidos e condições pactuadas, recusando consensos quando a base probatória não suporta a imputação apresentada.

Partiu-se da identificação dos fundamentos para este controle, extraídos do próprio texto do art. 28-A do CPP, que conferem ao juiz poderes-deveres – como a análise de cláusulas "abusivas" e a devolução dos autos para "complementação das investigações" – cujo exercício seria impossível sem uma incursão, ainda que mínima, no acervo investigativo.

Para dar concretude a esses poderes, o capítulo sustentou que o Ministério Público deve apresentar, juntamente com a proposta, um enunciado claro das razões fático-jurídicas que a embasam, com referência aos elementos já documentados e acessíveis à defesa, permitindo um contraditório documental efetivo e uma decisão judicial motivada sobre a suficiência do suporte empírico do acordo. Tal prática de registro das razões e da prova subjacente – coerente com a diretriz de transparência e com a necessidade de "ver para controlar" – reduz assimetrias informacionais, viabiliza o escrutínio do juiz e qualifica o controle da adequação das condições ao desvalor do fato.

Em seguida, demonstrou-se que a verificação da mínima viabilidade da ação penal, em aproximação com a justa causa, é o primeiro filtro de controle, funcionando como uma salvaguarda contra o "problema dos inocentes" e garantindo que o ANPP não seja utilizado como instrumento de coação contra quem, por direito, deveria ter sua investigação arquivada. O parâmetro operativo é simples e rigoroso: se os elementos informativos não alcançam a justa causa para o oferecimento de denúncia, falta base para o acordo. Ao juiz impõe-se, então, ou a

recusa de homologação, ou a devolução para complementação das investigações, rejeitando-se quaisquer “trocias epistêmicas” em que se tente compensar um déficit probatório com a gravosidade das condições.

A análise prosseguiu ao estabelecer a incompatibilidade de formalização de ANPP com base em provas ilícitas – em lógica semelhante ao prosseguimento de ação penal –, reforçando que a higidez da investigação preliminar é um pressuposto de validade do acordo, cabendo ao magistrado atuar como guardião da legalidade probatória. Logo, quando a avença se assenta em elementos contaminados, a solução constitucionalmente adequada é a não homologação, com determinação de expurgo do material ilícito e de avaliação, pela acusação, da suficiência remanescente; não há espaço, nessa hipótese, para “consertos” na decisão homologatória.

Ademais, foi ressaltada a importância crucial deste controle para a verificação da congruência e da proporcionalidade das obrigações pactuadas em face do ilícito em tese cometido, pois a aferição da adequação e da não abusividade das cláusulas depende diretamente da compreensão da gravidade concreta do delito, extraída dos fatos e provas. Por fim, foram arrolados os mecanismos processuais existentes que, na visão adotada nessa obra, podem viabilizar o controle judicial do acervo fático-probatório do ANPP.

Para conferir densidade a esse juízo de proporcionalidade, defendeu-se a utilização da “pena provável” como teto hermenêutico: o magistrado, com base no acervo informativo, realiza um prognóstico da sanção realisticamente aplicável em caso de condenação, e recusa a homologação de acordos cujas condições – isolada ou cumulativamente – superem esse patamar, por caracterizarem abusividade e desnaturarem a lógica premial do instituto. A análise casuística das cláusulas do art. 28-A do CPP, à luz dessa métrica, foi indicada como roteiro decisório objetivo para o controle de abusividade.

Nesse mesmo horizonte, a audiência de homologação deve abandonar a feição meramente protocolar e realizar um escrutínio material do suporte fático, com indagações dirigidas ao investigado sobre compreensão dos fatos imputados e dos elementos de prova, e com verificação judicial do acesso da defesa aos autos – direito assegurado pela Súmula Vinculante nº 14 –, sob pena de nulidade do controle. A pesquisa empírica citada no capítulo revelou homologações universalizadas, baixa inquirição ao imputado e ausência de checagem do acesso aos autos, quadro que reclama correção institucional imediata. Por fim, indicou-se que o habeas corpus permanece disponível para provocar, inclusive antes da audiência de homologação, o controle judicial da base fático-probatória, sempre que a persecução negocial ameaçar a liberdade de locomoção a partir de uma imputação sem lastro suficiente.

Do ponto de vista de soluções interpretativas, consolidou-se, portanto, o seguinte feixe: *(i)* o teste de justa causa como filtro inafastável de cabimento do ANPP; *(ii)* a exclusão de toda prova ilícita como condição de validade do acordo; *(iii)* a exigência de motivação fático-jurídica pelo Ministério Público, com juntada dos elementos que sustentam a proposta; *(iv)* a adoção da “pena provável” como parâmetro de proporcionalidade das condições; *(v)* a realização de uma audiência de homologação substancial, com verificação do acesso aos autos e esclarecimento do imputado; e *(vi)* a possibilidade de devolução dos autos para complementação investigativa ou de não homologação quando o suporte estiver aquém do mínimo constitucionalmente exigido.

Em síntese, o controle substancial da base fática é o que confere legitimidade ao ANPP, assegurando que ele cumpra sua função de solução consensual de conflitos sem se converter em um mecanismo de enfraquecimento de garantias fundamentais. É este controle que permite ao Judiciário filtrar acordos baseados em investigações frágeis, coibir o uso de provas ilícitas, garantir que as cláusulas sejam justas e, fundamentalmente, proteger o cidadão contra o risco de ser coagido a aceitar um acordo quando a persecução penal sequer deveria ter sido iniciada.

A consolidação do ANPP como um instrumento justo e eficaz de política criminal depende, impreterivelmente, de um Poder Judiciário que exerça essa função de forma plena, transformando o que hoje é uma possibilidade interpretativa em uma prática jurisdicional consolidada e, como se defenderá a seguir, em uma exigência normativa clara.

5. PROPOSTA LEGISLATIVA PARA O APERFEIÇOAMENTO NORMATIVO DO CONTROLE JUDICIAL DO ANPP

Conforme exposto, a introdução do ANPP pela Lei nº 13.964/2019 representou um marco na expansão da justiça penal negocial no Brasil. No entanto, a sua aplicação prática tem revelado uma série de desafios e riscos que comprometem a sua eficácia e, em muitos casos, vulnerabilizam direitos e garantias fundamentais dos acusados/investigados. A ausência de critérios legais objetivos para a atuação do Ministério Público e a falta de um controle judicial mais efetivo têm gerado um cenário de incerteza e potencial arbitrariedade.

Partindo dessa premissa e delineados os parâmetros relativos ao controle judicial do ANPP nos capítulos anteriores, sob os aspectos da legalidade, da voluntariedade e da base fático-probatória, serão apresentados, neste capítulo, dados empíricos que corroboram as problemáticas e ineficiências da atual regulamentação, constatadas ao longo deste trabalho, bem como as propostas de aperfeiçoamento normativo na forma de *lege ferenda*, tendo em vista as lacunas da lei vigente.

5.1 Justificativas para a proposta de legislativa

Um dos problemas centrais na aplicação do ANPP, conforme abordado ao longo deste trabalho, é a ampla margem de discricionariedade conferida ao Ministério Público, o que resulta em propostas de acordo díspares para situações fáticas semelhantes, ferindo o princípio da isonomia²⁷⁵. Pesquisas empíricas constataram que "não existem padrões uniformes e públicos para a determinação das condições das propostas, mas somente a regulamentação do CPP, que é insuficiente na definição de critérios para assegurar a isonomia entre casos e imputados em condições semelhantes"²⁷⁶.

Essa falta de padronização também é corroborada por estudo de caso realizado em Maracanaú/CE, que identificou "diferenças significativas nos valores estipulados nas prestações pecuniárias, levantando questões sobre a observância do princípio da isonomia"²⁷⁷.

²⁷⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de Não Persecução Penal*. São Paulo: RT, 2022, p. 44.

²⁷⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; TRAJANO, Larissa Cristina Vieira. *ANPP e o poder negocial do MP: entrevistas com Promotores do MPDFT* (Rev. Direito e Práx., 2025). DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2025/81821>, p. 21.

²⁷⁷ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SOARES FILHO, Sidney; LEITÃO, Iuri Rocha. *Variações na aplicação dos ANPPs em Maracanaú/CE* (RBDPP, 2024). DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i3.969>, p. 2.

Em um dos casos analisados, um investigado firmou acordo com prestação pecuniária no valor de R\$ 7.200,00, enquanto outros 19, em situações análogas e com condições financeiras equivalentes, pactuaram o valor de R\$ 1.260,00²⁷⁸.

Há ainda variações entre as promotorias, para crimes idênticos, quanto às condições do acordo, sendo que algumas exigem reparação de dano, apenas, enquanto outras impõem a cumulação de reparação de danos, serviços à comunidade e prestação pecuniária. A pesquisa concluiu que, com exceção de uma promotoria que demonstrou atuação padronizada, não foi possível "identificar um padrão de atuação uniforme e proporcional do Ministério Público"²⁷⁹.

Pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) também apontou a falta de uniformidade nos ritos, indicando que "os acordos estão em plena aplicação no Brasil, embora ainda com ritos não uniformes", devido à "falta de parametrização geral sobre hipóteses de cabimento, aplicação retroativa, controle judicial por audiência de homologação e execução das medidas"²⁸⁰.

Essa ausência de critérios objetivos para balizar a atuação ministerial tem resultado em uma ampla discricionariedade na fixação das propostas postas em negociação, incluindo nas prestações pecuniárias, conforme apurado em Maracanaú/CE²⁸¹.

A exigência da confissão formal e circunstanciada como requisito para o ANPP também é alvo de críticas, porque a legislação é imprecisa quanto à definição do requisito, gerando insegurança²⁸². Além disso, a prática revela que a confissão pode ser obtida em um contexto de vulnerabilidade do investigado, que, por receio de um processo penal, acaba por admitir a culpa.

Diante da assimetria de poder na negociação penal, é "fundamental a efetiva participação do Judiciário na sindicabilidade do ANPP"²⁸³. O papel do juiz, nesse contexto, é uma verdadeira "condição de eficácia do negócio" e demanda "atenção especial sobre as razões

²⁷⁸ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SOARES FILHO, Sidney; LEITÃO, Iuri Rocha. *Variações na aplicação dos ANPPs em Maracanaú/CE* (RBDPP, 2024). DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i3.969>, p. 14.

²⁷⁹ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SOARES FILHO, Sidney; LEITÃO, Iuri Rocha. *Variações na aplicação dos ANPPs em Maracanaú/CE* (RBDPP, 2024). DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i3.969>, p. 24.

²⁸⁰ CNJ, *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do ANPP no Brasil* (Brasília, 2023), p. 8.

²⁸¹ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SOARES FILHO, Sidney; LEITÃO, Iuri Rocha. *Variações na aplicação dos ANPPs em Maracanaú/CE* (RBDPP, 2024). DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i3.969>, p. 6.

²⁸² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; TRAJANO, Larissa Cristina Vieira. *ANPP e o poder negocial do MP: entrevistas com Promotores do MPDFT* (Rev. Direito e Práx., 2025). DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2025/81821>, p. 23.

²⁸³ SCHIETTI CRUZ, Rogério; MONTEIRO, Eduardo Martins Neiva. *ANPP: aspectos gerais e observações sobre a confissão extrajudicial* (RBDPP, 2024). DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.907>, p. 13.

que levaram à confissão, em especial a sua voluntariedade"²⁸⁴. O relatório do CNJ destaca a necessidade de defesa técnica efetiva, acesso aos elementos de prova e um controle externo minucioso como forma de mitigar coerções²⁸⁵.

Pesquisa realizada a partir de entrevistas com promotores de justiça revelou que a exigência da confissão circunstanciada foi um ponto de embate com a defesa no início. Para contornar a situação, algumas promotorias passaram a aceitar uma "confissão sintética acerca dos fatos"²⁸⁶, o que confirma a falta de um padrão sobre o conteúdo necessário da confissão. Outros membros do Ministério Público relataram que, caso a defesa se oponha à confissão por entendê-la inconstitucional, a exigência é dispensada para que se possa prosseguir com a negociação das demais cláusulas²⁸⁷.

A pesquisa do CNJ também destacou a insegurança dos magistrados "em relação ao requisito da confissão para realização do ANPP, relativas tanto à credibilidade da confissão como às suas consequências, bem como à possibilidade de sua utilização em caso de rescisão do acordo ou em outros processos"²⁸⁸. Essa preocupação também se reflete no debate sobre o uso da confissão contra o acusado, em caso de rompimento do acordo, possivelmente obtida em um cenário de negociação desigual.

Reforça isso o fato de que, muitas vezes, as negociações no âmbito penal são meramente formais, isto é, não envolvem a produção de consenso real entre as partes. Relatos de defensores públicos indicam que, na prática, o ANPP se assemelha a um "contrato de adesão", com pouca ou nenhuma margem para a negociação das cláusulas impostas pelo Ministério Público²⁸⁹.

Essa percepção é reforçada pela assimetria de poder entre Estado-acusação e investigado, uma vez que "a relação entre advogada/o e acusada/o é distorcida em um cenário de negociações no processo penal, de modo que a pretensa legitimidade dos acordos como benefício ao imputado com devida assistência técnica fica fragilizada"²⁹⁰. A própria dinâmica

²⁸⁴ SCHIETTI CRUZ, Rogério; MONTEIRO, Eduardo Martins Neiva. *ANPP: aspectos gerais e observações sobre a confissão extrajudicial* (RBDPP, 2024). DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.907>, p. 30.

²⁸⁵ CNJ, *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do ANPP no Brasil* (Brasília, 2023), p. 17.

²⁸⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; TRAJANO, Larissa Cristina Vieira. *ANPP e o poder negocial do MP: entrevistas com Promotores do MPDFT* (Rev. Direito e Práx., 2025). DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2025/81821>, p. 15.

²⁸⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; TRAJANO, Larissa Cristina Vieira. *ANPP e o poder negocial do MP: entrevistas com Promotores do MPDFT* (Rev. Direito e Práx., 2025). DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2025/81821>, p. 16.

²⁸⁸ CNJ, *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do ANPP no Brasil* (Brasília, 2023), p. 101.

²⁸⁹ CNJ, *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do ANPP no Brasil* (Brasília, 2023), p. 127.

²⁹⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: RT, 2022.

processual opõe "especialistas desinteressados trabalhando 'para o interesse público'" a "pessoas que perseguem apenas seus próprios interesses, e que, por definição, já tendem a serem vistos como socialmente ofensivos"²⁹¹, de modo que "as personagens envolvidas no acordo ou transação não estão sentadas numa mesa de negociação como dois indivíduos de igual status, mas que uma delas, necessariamente, suporta uma carga de desvantagem estabelecida a priori"²⁹².

O relatório do CNJ, citando experiências estrangeiras, indicou que essa dinâmica pode ampliar desigualdades, especialmente as raciais, e gerar coação para celebração de acordos. Diante desse risco, reforça-se a necessidade de um controle judicial efetivo, sobretudo na verificação da voluntariedade e da legalidade²⁹³.

Quanto a essa perspectiva de grupos vulneráveis, o incidente processual defendido por esta tese, ao estabelecer prazo e contraditório obrigatório, retira a Defensoria Pública de uma postura meramente reativa, garantindo tempo hábil para avaliar teses de insignificância ou desclassificação antes da formação da culpa, o que protege especialmente o réu vulnerável de acusações excessivas ou quiçá infundadas, a partir das provas até então colhidas.

Ademais, entrevistas com promotores indicam ainda que, embora haja disposição para o diálogo, a negociação ocorre "dentro do espaço limitado pelo artigo 28-A do CPP, não sendo possível flexibilizar tudo o que é ponderado"²⁹⁴. Isso demonstra que a dita negociação muitas vezes se restringe a ajustes pontuais, sem alterar a essência da proposta ministerial.

Nessa linha, uma das falhas na implementação do ANPP reside na inconsistência do controle judicial, começando pela própria audiência de homologação. Embora prevista no art. 28-A, § 4º, do CPP a realização de audiência – e 91% dos tribunais declarem realizá-la –, entrevistas com magistrados revelam que, na prática, são comuns homologações baseadas apenas em documentos ou vídeos, sem a oitiva do investigado²⁹⁵. Há, inclusive, relatos de juízes que deixam de realizar a audiência por considerá-la "desnecessária" e "demasiadamente

²⁹¹ SCHUR, Edwin M. *Interpreting deviance: a sociological introduction*. New York: Harper & Row Publishers, 1979, p. 338. Tradução livre.

²⁹² CNJ, *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do ANPP no Brasil* (Brasília, 2023), p. 14.

²⁹³ CNJ, *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do ANPP no Brasil* (Brasília, 2023), p. 17 e 74.

²⁹⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; TRAJANO, Larissa Cristina Vieira. *ANPP e o poder negocial do MP: entrevistas com Promotores do MPDFT* (Rev. Direito e Práx., 2025). DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2025/81821>, p. 19.

²⁹⁵ CNJ, *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do ANPP no Brasil* (Brasília, 2023), p. 46.

burocrática"²⁹⁶. Tal prática acaba por esvaziar o controle, tendo em vista que a audiência é o principal momento de verificação externa da voluntariedade e da legalidade do acordo.

Agrava o quadro a inexistência de protocolos para guiar essa fiscalização. O levantamento do CNJ registrou que "não existem normativas ou protocolos sobre como verificar a voluntariedade, como o apontamento de quais requisitos devem estar presentes em um caso concreto para que se conclua que houve livre declaração de vontade", nem sobre o que observar quanto à "legalidade ou adequação/abusividade das medidas adotadas"²⁹⁷. Sem *standards* claros, o controle judicial tende a ser meramente formal e desigual, fragilizando sua capacidade de recusar termos inadequados.

Outro fator que gera insegurança jurídica é a falta de uniformidade sobre o cabimento do ANPP em processos já em curso. A pesquisa do CNJ identificou um cenário completamente fragmentado: 67% dos acordos analisados ocorreram antes da denúncia, 32% após o recebimento e 1% após a sentença (com uma amostra de 946 casos), com variações relevantes entre os estados²⁹⁸. O próprio CNJ registra que, mesmo a jurisprudência do STJ entendendo pelo cabimento do ANPP apenas até o recebimento da denúncia, verificou-se número expressivo de acordos realizados após tal momento processual, o que gera incerteza e amplia o espaço para decisões casuísticas²⁹⁹.

Nesse contexto, impõe-se enfrentar a alternativa, por vezes ventilada na práxis forense, de simplesmente deslocar o marco temporal padrão do ANPP para o momento posterior ao recebimento da denúncia, o que dispensaria a criação de uma fase prévia.

Embora aparente ser uma solução mais célere, esse modelo ignora a força inercial do processo penal. Uma vez recebida a denúncia, a lógica sistêmica opera como um “trator estatal” rumo à instrução e julgamento, reduzindo drasticamente o espaço de consenso e a disposição institucional para negociar, uma vez que a acusação já se encontra formalizada.

Ademais, permitir que o indivíduo adquira formalmente a condição de réu antes de exaurir a via negociada contraria a própria essência despenalizadora do instituto, impondo-lhe desnecessariamente o estigma do processo que o acordo visa justamente evitar. A instituição de um incidente processual autônomo e prévio, portanto, não constitui burocracia adicional, mas

²⁹⁶ CNJ, *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do ANPP no Brasil* (Brasília, 2023), p. 98.

²⁹⁷ CNJ, *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do ANPP no Brasil* (Brasília, 2023), p. 72.

²⁹⁸ CNJ, *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do ANPP no Brasil* (Brasília, 2023), p. 109.

²⁹⁹ CNJ, *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do ANPP no Brasil* (Brasília, 2023), p. 109.

sim uma barreira de contenção indispensável. Ela assegura que o filtro de legalidade, voluntariedade e justa causa ocorra antes que o cidadão seja submetido ao constrangimento da ação penal, garantindo que a negociação se dê em um ambiente saneado e livre da pressão automática da marcha processual.

Ademais, a supressão da instrução probatória, inerente à lógica da justiça negociada, potencializa o risco de condenação de inocentes³⁰⁰, já que a aceitação do acordo pode ser motivada pelo temor do acusado em enfrentar um processo penal, e não pela certeza de sua culpa. Estudos em países estrangeiros demonstram que "histórias de pessoas inocentes que se declararam culpadas por receio do próprio processo e de sofrer sanções muito severas não constituem manifestações isoladas"³⁰¹.

Pesquisas citadas pelo CNJ revelam casos de inocentes condenados que haviam confessado, alertando para as pressões estruturais da justiça negocial e reforçando a importância de se exigirem *standards* probatórios mínimos antes da homologação de acordos em direito penal³⁰².

No que diz respeito ao ANPP, a falta de um controle judicial robusto sobre a base fática que sustenta a proposta de acordo agrava esse risco. Afinal, se o acordo é proposto com base em um suporte probatório frágil, o investigado pode ser levado a aceitar as condições para evitar o risco de uma condenação injusta ao final de um processo moroso.

A participação da vítima nas negociações do ANPP também é um ponto que demanda aprimoramento, inclusive para determinar a reparação do dano. Levantamento do CNJ concluiu que "o papel da vítima nos acordos de não persecução penal pode ser melhor trabalhado, pensando formas de inserção desta nos fluxos e rotinas"³⁰³.

A dificuldade em localizar as vítimas e a ausência de um procedimento padronizado para sua oitiva são alguns dos desafios apontados³⁰⁴. Entrevistas com promotores também revelam diferentes práticas: alguns optam por intimar a vítima para a audiência, enquanto outros

³⁰⁰ CNJ, *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do ANPP no Brasil* (Brasília, 2023), p. 15.

³⁰¹ CNJ, *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do ANPP no Brasil* (Brasília, 2023), p. 16.

³⁰² CNJ, *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do ANPP no Brasil* (Brasília, 2023), p. 141-142.

³⁰³ CNJ, *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do ANPP no Brasil* (Brasília, 2023), p. 161.

³⁰⁴ CNJ, *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do ANPP no Brasil* (Brasília, 2023), p. 38-39.

preferem contatá-la previamente para apurar o valor do dano, a fim de evitar "impasses" durante a negociação³⁰⁵.

Por fim, a fase de execução e o acompanhamento das medidas também revelam deficiências estruturais, porque "não existe em todos os estados brasileiros uma estrutura de apoio multidisciplinar para acompanhar o cumprimento das condições impostas nos acordos penais"³⁰⁶.

Tais pesquisas demonstram que a atual formatação do ANPP, marcada por ampla discricionariedade do Ministério Público e controle judicial por vezes protocolar, apresenta riscos significativos à isonomia, à voluntariedade e ao direito de defesa dos acusados. A implementação de mecanismos de controle judicial mais rigorosos, com a análise aprofundada dos requisitos objetivos e subjetivos do acordo, da base probatória mínima e da proporcionalidade das cláusulas, é relevante para mitigar eventuais arbitrariedades e garantir que o ANPP cumpra sua função de forma justa e eficaz.

Dessa forma, a proposta de *lege ferenda* que se veicula nesta tese se propõe a elencar possíveis soluções para esse quadro, por meio da criação de um incidente processual específico para tratativas quanto ao ANPP, além do aprimoramento das normas vigentes, considerando-se inclusive as proposições interpretativas traçadas ao longo dos capítulos.

A criação do incidente proposto não implica aumento de custo institucional ou criação de novos órgãos. Pelo contrário, promove economia processual ao evitar o oferecimento de denúncias genéricas e a instauração de processos fadados à absolvição ou prescrição. O incidente permite sanear a investigação e, se o acordo for rejeitado, a denúncia subsequente será muito mais robusta, evitando o desperdício de recursos com instruções probatórias inúteis ou acordos supervenientes tardios

³⁰⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; TRAJANO, Larissa Cristina Vieira. *ANPP e o poder negocial do MP: entrevistas com Promotores do MPDFT* (Rev. Direito e Práx., 2025). DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2025/81821>, p. 9.

³⁰⁶ CNJ, *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do ANPP no Brasil* (Brasília, 2023), p. 99.

5.2 A proposta legislativa em espécie: incidente processual para discussões quanto ao ANPP e aperfeiçoamento dos dispositivos vigentes

Conforme exposto ao longo desta tese, a introdução do acordo de não persecução penal no CPP pela Lei nº 13.964/2019 representou um marco na expansão da justiça penal negocial no Brasil. Contudo, como visto acima, sua aplicação prática tem revelado uma série de desafios e riscos que comprometem a sua eficácia e, em muitos casos, vulnerabilizam direitos e garantias fundamentais dos acusados e investigados.

Partindo dessa premissa e delineados os parâmetros relativos ao controle judicial do ANPP nos capítulos anteriores, sob os aspectos da legalidade, da voluntariedade e da base fático-probatória, serão apresentadas as propostas de aperfeiçoamento normativo na forma de *lege ferenda*, tendo em vista as lacunas da lei vigente.

Como visto, o diagnóstico central é que o modelo atual do acordo de não persecução penal, conforme disciplinado pelo art. 28-A do CPP, embora represente um avanço na consolidação da justiça penal consensual, padece de falhas estruturais que o aproximam perigosamente de uma "justiça de adesão" em detrimento de uma genuína negociação. A ausência de um procedimento formalizado para as tratativas e a limitação do controle judicial a um exame frequentemente protocolar expõem o investigado a riscos inaceitáveis em um Estado Democrático de Direito, como a coerção de inocentes, a validação de acordos baseados em investigações frágeis ou ilícitas e a imposição de condições desproporcionais.

Esta proposta, portanto, não se apresenta como um mero ajuste, mas como uma reestruturação constitucionalmente necessária do instituto, visando alinhá-lo aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

O pilar desta reforma é a criação de um incidente processual autônomo, concebido para transformar o ANPP de uma negociação informal e extraprocessual em uma etapa formal e jurisdicionalizada, que antecede o eventual oferecimento da denúncia. A lógica subjacente a esta inovação é a de reequilibrar a manifesta assimetria de poder que hoje caracteriza a relação entre o Estado-acusador e o indivíduo.

Atualmente, o investigado se depara com a proposta de acordo em uma posição de vulnerabilidade, com informações limitadas e sob a ameaça implícita de uma persecução penal. Ao formalizar um incidente, a negociação é trazida para a arena judicial, sob a supervisão de um árbitro neutro. O incidente obriga o Ministério Público a apresentar uma proposta formal e fundamentada e, crucialmente, garante à defesa um prazo para manifestação prévia, permitindo

contestar a própria justa causa para a persecução, a legalidade dos elementos informativos e a proporcionalidade das cláusulas. Essa estrutura converte a dinâmica de submissão em uma verdadeira negociação, sob a supervisão do Poder Judiciário.

A proposta aqui formalizada não é uma panaceia para a solução do quadro, mas compreende-se que seus ajustes e inovações colaboram para um aprimoramento do quadro ora vigente. A sistemática a ser adotada para a apresentação da proposta de *lege ferenda* é a mesma que se adotou em trabalho de pesquisa anterior³⁰⁷, que envolve a apresentação das mudanças arquitetadas, seguidas de suas justificativas, com uma consolidação dos "novos" dispositivos jurídicos ao final.

A concretização da proposta divide-se, essencialmente, em duas partes: Ela se divide em duas frentes: **(i)** uma reforma do art. 28-A do CPP, para aprimorar seus critérios substantivos e sanar ambiguidades interpretativas; e **(ii)** a criação de um novo art. 28-B no CPP, para instituir e regulamentar o "Incidente de Acordo de Não Persecução Penal", a fim de garantir garante clareza, sistematicidade e uma transição coerente para um modelo de ANPP mais justo, transparente e constitucionalmente adequado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁰⁷ REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. A rescisão do acordo de colaboração premiada a partir do sistema de garantias constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2022, pp. 112-120.

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

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

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

§ 3º A confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal pelo investigado constitui requisito condicional de procedibilidade do acordo, cuja validade e eficácia se restringem aos seus termos.

§ 4º É vedada a utilização da confissão referida no § 3º como elemento de prova contra o confitente em caso de rescisão do acordo, bem como para fundamentar a persecução penal de terceiros.

§ 5º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 6º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, sua legalidade e a existência de justa causa para a persecução penal.

§ 7º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas, luz dos princípios da necessidade, proporcionalidade e razoabilidade, as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que reformule a proposta de acordo, ou, motivadamente, justifique a manutenção da anterior, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 8º A aferição da necessidade e suficiência do acordo para a reprovação e prevenção do crime, nos termos do *caput*, deverá ser fundamentada pelo Ministério Público com base na gravidade concreta do fato, na primariedade do agente e nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), no que couber.

§ 9º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 10. 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.

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

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

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

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

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

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

§ 17. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, ou de divergência substancial quanto às cláusulas e condições do acordo, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

A proposta aqui formalizada é pautada, essencialmente, em aprimoramentos normativos do art. 28-A do Código de Processo Penal, além de ajustes formais na renumeração dos parágrafos.

Sob o ângulo material, insere-se o requisito da "existência de justa causa para a persecução penal" no *caput* do dispositivo e no novel § 6º (antigo § 4º), a fim de se positivar que o controle judicial do ANPP deve passar também, necessariamente, por uma incursão do juízo competente no acervo fático-probatório associado às investigações preliminares do *Parquet*. Como defendido ao longo desta tese, por mais que se compreenda que qualquer análise jurídica vinculada ao ANPP passe necessariamente pelos elementos de fato e de prova vinculados aos autos, a positivação se faz relevante para uma melhor parametrização do controle a ser exercido pelo magistrado, consignando-se de forma clara que o acordo não pode ser ofertado caso sequer pudesse existir ação penal subsequente.

Ademais, os novos §§ 3º e 4º tratam da confissão, que é um dos pontos de maior tensão constitucional do ANPP. A proposta aborda o problema não pela sua eliminação, mas pela sua redefinição jurídica. Ao se classificar a confissão como um "requisito condicional de procedibilidade" no novo § 3º, cria-se uma ficção jurídica crucial: a confissão não é um ato de admissão de verdade para todos os fins, mas uma chave processual que destrava o benefício do acordo, de maneira que sua existência jurídica está condicionada ao sucesso do pacto.

Essa redefinição tem um efeito prático e teórico profundo. Se a condição falha – ou seja, se o acordo é rescindido –, o requisito em si é considerado como se nunca tivesse produzido efeitos jurídicos permanentes fora do âmbito estrito do acordo. Isso oferece uma proteção mais robusta do que a simples declaração de sua inadmissibilidade como elemento de prova, pois ataca a própria natureza do ato. Ainda, a previsão do novo § 4º acerca da vedação expressa de seu uso contra o confitente ou terceiros solidifica essa blindagem, impedindo que o ANPP seja desvirtuado como um instrumento de investigação ou de obtenção de elementos de prova disfarçado, uma preocupação central desta tese. Além disso, a atual redação, ao deixar a avaliação da "necessidade e suficiência" do acordo a um critério aberto do Ministério Público, cria um vácuo normativo que fomenta a arbitrariedade e a violação da isonomia. A proposta de *lege ferenda* ora formalizada corrige essa falha, por meio da inserção de um novo § 8º, ao vincular essa análise a parâmetros concretos e judicialmente verificáveis, inspirados nos critérios do art. 59 do Código Penal. Isso porque, ao exigir que o Ministério Público fundamente sua decisão com base na gravidade concreta do fato, na primariedade e em outras circunstâncias objetivas, por exemplo, limita-se a discricionariedade ministerial e se oferece ao juiz e à defesa

uma base sólida para o controle de legalidade, garantindo que a decisão de propor ou recusar o acordo seja motivada e passível de escrutínio.

Propõe-se, também, o aperfeiçoamento do § 7º (antigo § 4º), com o intuito de fortalecer a efetividade do controle judicial sobre as condições do acordo e conferir maior coerência ao diálogo institucional entre o Poder Judiciário e o Ministério Público. A redação atual, ao prever apenas a devolução dos autos, sem impor qualquer dever de resposta à acusação, esvazia a força normativa da decisão judicial e permite que o Ministério Público se mantenha inerte mesmo diante de vícios reconhecidos pelo juiz. A nova redação, ao exigir que o órgão ministerial apresente nova proposta ou, motivadamente, justifique a manutenção da proposta anterior, assegura a observância do dever de fundamentação e reforça o caráter cooperativo do processo penal.

Ao mesmo tempo, a inserção dos parâmetros de necessidade, proporcionalidade e razoabilidade explicita os limites constitucionais da atuação judicial, oferecendo balizas objetivas para o controle das cláusulas do acordo sem comprometer a autonomia funcional do Ministério Público. Trata-se, portanto, de uma solução equilibrada, que preserva o sistema acusatório, mas impede que a devolução dos autos se converta em ato meramente formal, conferindo efetividade e racionalidade ao controle judicial da justiça penal negocial.

Finalmente, aprimora-se o § 17 (antigo § 14), para contemplar hipóteses de divergência sobre cláusulas e condições do acordo, e não apenas a recusa integral do Ministério Público. Pesquisas recentes mostram que uma parte das tensões práticas do ANPP decorre da ausência de critérios uniformes para a fixação das cláusulas e da assimetria de poder entre as partes durante a negociação. Em muitos casos, o investigado concorda com a celebração do acordo, mas contesta a proporcionalidade ou a legalidade das condições impostas, sem que exista um procedimento claro para revisão dessa divergência. A ampliação do § 17 busca corrigir essa lacuna, permitindo que essas controvérsias sejam submetidas à instância revisora ministerial. A medida não interfere na autonomia funcional do órgão acusador, mas traz transparência e previsibilidade às decisões sobre as cláusulas do acordo³⁰⁸.

Art. 28-B. Os procedimentos descritos no art. 28-A deste Código quanto à propositura e à homologação do acordo de não persecução penal serão adotados por meio de incidente processual, a ser autuado apartadamente.

³⁰⁸ A referência às pesquisas empíricas baseia-se principalmente nas contribuições de Vinícius de Vasconcellos e Larissa Trajano, que, embora se concentrem na fase das tratativas negociais, oferecem um panorama interessante para a compreensão das assimetrias e dos desafios de controle no ANPP formalizado (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; TRAJANO, Larissa Cristina Vieira. Acordo de não persecução penal e o poder negocial do Ministério Público: análise e propostas a partir de entrevistas com Promotores do MPDFT. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 1-32, 2025. DOI: 10.1590/2179-8966/2025/81821).

§ 1º O incidente poderá ser instaurado por iniciativa do Ministério Público, quando entender pelo cabimento do acordo de não persecução penal, ou pela defesa, quando houver recusa, omissão ou discordância relevante quanto às cláusulas ou condições da proposta ministerial.

§ 2º Na hipótese de instauração pelo Ministério Público, o requerimento deverá ser acompanhado da proposta formal de acordo, contendo:

I - a delimitação precisa dos fatos imputados e sua qualificação jurídica;

II - a exposição sintética dos elementos de informação que sustentam a justa causa; e

III - as condições propostas, com fundamentação quanto à sua necessidade, proporcionalidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime.

§ 3º Na hipótese de instauração pela defesa, o requerimento deverá indicar, de forma fundamentada, as razões que demonstrem o preenchimento dos requisitos legais para o acordo, bem como eventuais objeções às cláusulas propostas, à existência de justa causa, à licitude das provas ou à tipicidade da conduta.

§ 4º Recebido o requerimento, o juiz determinará a intimação da parte contrária para manifestação em prazo comum de 10 (dez) dias, facultando, quando necessário, a designação de audiência para esclarecimentos ou tentativa de composição.

§ 5º Havendo controvérsia sobre questões de mérito suscitadas pela defesa, tais como atipicidade, ausência de justa causa ou ilicitude probatória, o magistrado deverá decidir motivadamente antes da homologação, podendo:

I - reconhecer a atipicidade ou ausência de justa causa e determinar o arquivamento da investigação;

II - determinar o desentranhamento de provas ilícitas e a reavaliação da proposta; ou

III - rejeitar as alegações e prosseguir na análise da voluntariedade, legalidade e adequação das condições do acordo.

§ 6º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas, à luz dos princípios da necessidade, proporcionalidade e razoabilidade, as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que, no prazo de 10 (dez) dias, apresente nova proposta ou, motivadamente, justifique a manutenção da anterior.

§ 7º Constatada a concordância das partes e sanadas as eventuais irregularidades, o juiz designará audiência de homologação, na qual, após ouvir o investigado na presença de seu defensor, verificará:

I - a voluntariedade, aferida pelo conhecimento do investigado sobre seus direitos, as imputações, as provas existentes, as consequências do acordo e a inexistência de coação, especialmente se submetido a medida cautelar;

II - a legalidade e a regularidade da investigação; e

III - a existência de justa causa para a persecução penal, com base nos elementos informativos colhidos.

§ 8º O incidente será encerrado por decisão fundamentada, que:

I - homologará o acordo, com devolução dos autos ao Ministério Público para execução;

II - determinará o arquivamento da investigação, quando ausentes os pressupostos do art. 28-A; ou

III - indeferirá o pedido de acordo, quando reconhecida a presença de justa causa para o oferecimento da denúncia, hipótese em que o Ministério Público poderá prosseguir com a persecução penal.

A criação do art. 28-B do Código de Processo Penal, a fim de se estabelecer um incidente processual para as tratativas do ANPP, é a inovação central da proposta de *lege ferenda* deste trabalho. Isso porque a tese demonstrou a existência de uma relação causal direta entre a ausência de um contraditório prévio e o risco de coerção de inocentes, na medida em que,

atualmente, o investigado é confrontado com a proposta sem um fórum formal para contestar a própria base da acusação, questão essa solucionada pelo incidente processual.

Ao se exigir que o Ministério Público formalize o pedido de instauração com a apresentação de proposta escrita e fundamentada, contendo a delimitação dos fatos, a qualificação jurídica, os elementos de informação e as condições do acordo, introduz-se uma barreira racional mínima à informalidade que hoje marca o ANPP. A exigência de fundamentação confere densidade argumentativa à proposta e impede que o investigado seja colocado diante de uma escolha obscura, fundada em elementos probatórios frágeis ou indeterminados. A decisão de confessar e aceitar um acordo dessa natureza exige clareza sobre o contexto fático e jurídico, sob pena de violação ao próprio princípio da voluntariedade.

Ao se admitir que a defesa também possa instaurar o incidente, o texto reafirma o caráter bilateral da negociação e protege o direito subjetivo do investigado de pleitear o acordo quando presentes seus requisitos legais. Essa previsão evita que a recusa imotivada ou a omissão do Ministério Público conduzam à frustração do direito ao benefício, permitindo que o juiz verifique, em contraditório, se a negativa encontra respaldo em critérios objetivos e constitucionalmente legítimos. A provocação jurisdicional pela defesa não desvirtua a natureza negocial do instituto, mas reforça o controle sobre a motivação da recusa, evitando decisões discricionárias e fortalecendo a isonomia entre os investigados.

Ao se prever a manifestação da parte contrária e, se necessário, a designação de audiência para esclarecimentos, o dispositivo introduz um contraditório substancial na etapa “pré-processual”, transformando a negociação em um espaço de deliberação jurídica, e não de simples aceitação. O juiz, diante das alegações defensivas sobre atipicidade, ausência de justa causa ou ilicitude probatória, deverá decidir de forma motivada, reconhecendo o arquivamento da investigação quando não houver justa causa, determinando o desentranhamento de provas ilícitas quando for o caso, ou prosseguindo na análise da legalidade, voluntariedade e adequação do acordo se entender que os requisitos estão atendidos.

Ao se disciplinar a atuação judicial diante de condições abusivas ou desproporcionais, o texto supera a insuficiência do modelo atual, em que o magistrado apenas devolve os autos ao Ministério Público sem exigir a reformulação da proposta. O novo texto impõe que o órgão acusador apresente nova proposta ou justifique, de maneira motivada, a manutenção da anterior, garantindo que as decisões ministeriais sejam controláveis, fundamentadas e coerentes com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Essa obrigação reforça a boa-fé objetiva e o dever de motivação, valores que devem orientar tanto a atuação do juiz quanto a do Ministério Público em um processo penal de natureza dialógica.

Ao se estabelecer que o juiz encerrará o incidente por decisão fundamentada, podendo homologar o acordo, determinar o arquivamento da investigação ou indeferir o pedido quando reconhecer a presença de justa causa para o oferecimento da denúncia, o texto confere coerência à estrutura procedimental e preserva a integridade do sistema acusatório. O indeferimento do incidente, nessas hipóteses, não implica prejuízo à persecução penal legítima, mas apenas o reconhecimento de que o caso não comporta acordo. A persecução segue, portanto, seu curso natural, com a possibilidade de oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, sem prejuízo de que uma nova proposta possa ser formulada em momento posterior, diante de fatos supervenientes.

Com isso, o novo art. 28-B redefine o equilíbrio entre negociação, controle e acusação. O procedimento deixa de ser um ato unilateral e passa a constituir um espaço formal de diálogo sob a tutela judicial, em que a voluntariedade e a proporcionalidade são aferidas de modo concreto e público. O incidente proposto assegura transparência, previsibilidade e coerência ao acordo de não persecução penal, evitando que a justiça penal negocial se transforme em instrumento de coerção ou desigualdade. Trata-se de intervenção normativa que preserva a autonomia do Ministério Público, mas a submete ao dever de motivar e justificar suas decisões, reafirmando o contraditório como princípio estruturante do processo penal.

CONCLUSÃO

O sistema de justiça criminal brasileiro atravessa um momento de profunda reconfiguração, impulsionado pela Lei nº 13.964/2019. Essa legislação consolidou uma tendência global de expansão da justiça penal negocial, deslocando o eixo do tradicional julgamento adversarial para um modelo que privilegia o consenso, a gestão eficiente de casos e a racionalização de recursos públicos. Essa mudança busca responder à sobrecarga estrutural do Judiciário e à necessidade de celeridade em um país que ostenta a terceira maior população carcerária do mundo. Nesse contexto, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) surge como a principal inovação, ao estender a possibilidade de soluções consensuais a uma ampla gama de infrações penais e oferecer, em tese, um caminho alternativo à punição tradicional.

O presente trabalho partiu da identificação de três problemas estruturais no modelo atual do ANPP: (i) a insuficiência de garantias na aferição da voluntariedade, frequentemente reduzida a uma formalidade; (ii) a fragilidade do controle judicial da legalidade, que não alcança a investigação nem a licitude das provas; e (iii) a inexistência de controle sobre a base fático-probatória, o que compromete a verificação da justa causa e pode converter o consenso em instrumento de coerção. Para cada uma dessas deficiências, foram propostas respostas articuladas em um modelo de controle judicial tripartite – voltado à voluntariedade, à legalidade e à justa causa – como condição para a legitimidade constitucional do acordo. A pesquisa demonstrou que o fortalecimento dessas três dimensões exige, simultaneamente, a ampliação do acesso da defesa aos autos, a realização de audiência de homologação com efetiva oitiva judicial e a positivação do dever de o juiz verificar a existência de justa causa antes de homologar o acordo. Complementarmente, propôs-se a criação de um incidente processual autônomo, com contraditório prévio e possibilidade de provocação tanto pelo Ministério Público quanto pela defesa, para disciplinar as tratativas do ANPP e garantir o equilíbrio das partes na fase pré-processual.

A preocupação central que orientou esta tese foi a de que, ao conferir protagonismo aos espaços de consenso, o legislador acabou por aproximar a justiça penal de uma lógica de barganha, marcada por assimetrias de poder e pressões institucionais que reduzem a autonomia do investigado. A ampla discricionariedade conferida ao Ministério Público e o reduzido espaço de controle judicial aumentam o risco de que indivíduos – inclusive inocentes – sejam levados a aceitar o acordo diante de um processo penal longo, oneroso e incerto. Essa realidade revela que a eficiência, quando desvinculada de garantias, pode converter-se em um valor autorreferente, corroendo a legitimidade democrática da jurisdição penal.

O problema central, portanto, consistiu em verificar se o controle judicial restrito à legalidade e à voluntariedade seria suficiente para assegurar as garantias constitucionais no ANPP. A resposta encontrada foi negativa. A hipótese inicial – de que a ausência de controle sobre a base fático-probatória torna o modelo incompleto – confirmou-se tanto no plano dogmático quanto no funcional. Sem o exame mínimo da justa causa, o consenso penal corre o risco de se converter em instrumento de coerção, afastando-se de sua finalidade de racionalização legítima da persecução.

A pesquisa demonstrou, contudo, que é possível compatibilizar a justiça penal negocial com o sistema acusatório, desde que o controle judicial seja estruturado em bases normativas claras e em uma dinâmica efetivamente dialógica. O modelo proposto busca recompor o equilíbrio institucional e assegurar que a negociação ocorra dentro dos marcos constitucionais da legalidade, proporcionalidade e voluntariedade. Trata-se, em última análise, de reivindicar um espaço de racionalidade democrática dentro da justiça negocial – uma “domesticação constitucional” da consensualidade, que impede sua degeneração em instrumento de conveniência administrativa.

O trabalho conclui que um consenso válido no âmbito penal só pode existir mediante um controle judicial robusto e multifacetado, capaz de abranger não apenas a forma, mas o conteúdo substancial da negociação. O Capítulo 1 situou o ANPP no contexto mais amplo da justiça penal negocial, demonstrando que o instituto alterou profundamente a relação entre eficiência e garantismo ao deslocar o centro da consensualidade para a fase investigativa, conferindo ao Ministério Público poder sem precedentes. O Capítulo 2 examinou o primeiro eixo do modelo – a voluntariedade – e sustentou que o consentimento só é genuíno quando fundado em acesso integral aos autos, defesa técnica efetiva e controle judicial material na audiência de homologação. O Capítulo 3 analisou a legalidade, defendendo que o juiz deve fiscalizar não apenas os requisitos de cabimento, mas também a proporcionalidade e o conteúdo do acordo, especialmente quanto à confissão, redefinida nesta pesquisa como requisito de procedibilidade condicionado, sem valor probatório em caso de rescisão e passível de substituição por outros elementos de colaboração voluntária. O Capítulo 4 consolidou a tese de que o controle da base fático-probatória é o pilar indispensável à legitimidade do ANPP, defendendo sua positivação expressa no artigo 28-A do CPP, que impõe ao magistrado o dever de verificar a justa causa com base no acervo probatório antes de homologar o acordo. Por fim, o Capítulo 5 apresentou uma proposta de reforma legislativa abrangente, incorporando a criação de um incidente processual autônomo com contraditório prévio, prazos definidos e

possibilidade de diligências complementares, além da positivação de critérios objetivos de proporcionalidade para a cláusula da “necessidade e suficiência” do acordo.

A consolidação do ANPP como eixo de governança do sistema criminal impõe, assim, uma redefinição do papel do juiz. Em um paradigma dominado pelo consenso, a função jurisdicional não pode mais se restringir à figura do árbitro de um julgamento que, na maioria dos casos, não ocorrerá. É preciso deslocar a jurisdição “a montante”, garantindo que as condições de negociação sejam justas, equilibradas e constitucionalmente adequadas. O juiz deixa de ser apenas o espectador do consenso para assumir o papel de seu fiador democrático – o guardião da legalidade, da voluntariedade e da dignidade da pessoa investigada.

O modelo de controle judicial tripartite aqui defendido – que incide sobre a voluntariedade, a legalidade e a base fático-probatória – constitui o instrumento essencial para compatibilizar a justiça penal negocial com o Estado Democrático de Direito. Seu propósito não é conter a consensualidade, mas legitimá-la, garantindo que a celeridade não suplante a justiça. O consenso válido, digno de um Estado fundado na dignidade da pessoa humana, é aquele que nasce de uma negociação livre, lícita e ancorada em fatos devidamente comprovados – e que, por isso mesmo, pode ser controlado e homologado com segurança pelo Poder Judiciário. A justiça penal do futuro será, inevitavelmente, mais consensual; cabe ao controle judicial assegurar que também continue sendo, essencialmente, justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Julio Cesar de; CORDEIRO, Nefi; AGUIAR, Mirella de Carvalho. O momento processual adequado para propositura de acordo de não persecução penal e a aplicação de direito intertemporal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 194. ano 31. p. 181-220. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2023.

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 14, p. 436, Oxford, dezembro-2003 – tradução livre do original.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALSCHULER, Albert W. The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining. *In.*: *The Yale Law Journal*, [S.l.], v. 84, n. 6, pp. 1179-1314, May 1975. Disponível em: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/defense-attorneys-role-plea-bargaining>.

ALSCHULER, Albert. The prosecutor's role in plea bargaining. *In.*: *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 36, p. 50-112, 1968. CRESPO, Andrew Manuel. The Hidden Law of Plea Bargaining. *In.*: *Columbia Law Review*, New York, v. 118, n. 5, 2018.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, BARROS, SOUZA, CABRAL (coord). *Acordos de não persecução penal e cível*. Salvador: JusPodivm, 2021.

BACHMAIER WINTER, Lorena. The European Court of Human Rights on Negotiated Justice and Coercion. *In.*: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 26, p. 236-259, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* (edição eletrônica). 9ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

BARROS, Francisco Dirceu. *Acordos criminais*. Leme, São Paulo: JH MIZUNO, 2020.

BIBAS, Stephanos. Judicial Fact-Finding and Sentence Enhancements in a World of Guilty Pleas. *In.*: *The Yale Law Journal*, vol 110, April 12, 2001, pp. 1097-1185. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/934/.

BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Dialética, 2020.

BROWN, Darryl K. Reforming the Judge's Role in Plea Bargaining. In: DEMPSEY, Michelle Madden; DUFF, R. A.; HOSKINS, Zach; JAIN, Neha (eds.). *The Future of Criminal Law: Working Papers from the Robina Institute of Criminal Law and Criminal Justice*. Minneapolis: Robina Institute, 2014.

CABRAL, Rodrigo L. F. *Manual do acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal (Capítulo 14), pp. 301-316. *In.*: ANPP: Acordo de não persecução penal. 4ª Edição. Orgs.: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: Juspodivm, 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O requisito da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do delito para a celebração do acordo de não persecução penal. *In.*: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (org.). Acordo de não persecução penal. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.

CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. *In.*: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia N. (org.). Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília: MPF, 2020.

CAMARGO, Eduardo Aidê B. Acordo e comportamento: como dados e evidências do agir humano podem ajudar o acordo de não persecução penal? *In.*: DUTRA, Bruna M. A.; AKERMAN, William (org.). Pacote anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2020.

CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. O risco de overcharging na prática negocial do processo penal brasileiro. *In.*: Boletim IBCCRIM. Ano 29. Nº 344. Julho de 2021. São Paulo.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à justiça. Porto Alegre: 1988, Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do ANPP no Brasil* (Brasília, 2023). Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/850>.

COSTA, Leonardo Dantas. Delação premiada. A atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017.

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Breves apontamentos sobre o consenso e a verdade no processo penal: reflexões a partir dos acordos de não persecução penal. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 7, n. 13, jul.–dez. 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989.

COVEY, Russel D. *Longitudinal Guilt: Repeat Offenders, Plea Bargaining, and the Variable Standard of Proof*. *In.*: Florida Law Review, Vol. 63, Iss. 2 [2011], pp. 431-456. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol63/iss2/4/>.

CUNHA, Vítor Souza. Acordos de admissão de culpa no processo penal. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

D'URSO, Luiz Flávio B. Delação Premiada: proibição para quem está preso. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 11, nº 66, 2015.

DE BEM, Leonardo Schmitt. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.

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

DEZEM, Guilherme M.; SOUZA, Luciano A. *Comentários ao Pacote Anticrime*. São Paulo: RT, 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Aprovação de enunciados marca o encerramento do II FONAJUC*. Brasília, TJDF, 2018.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a Ação Penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DUARTE, Hugo Garcez; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Justiça consensual e tutela dos direitos individuais*. In.: PHRONESES – *Revista do Curso de Direito da FEAD*, n. 4, jan-dez. 2008.

EBERHARDT, Marcos. *Tratamento processual da prova ilícita: incidente probatório*. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

ENDERSON, Kelsey S.; FOUNTAIN, Erika N.; REDLICH, Allison D.; CANTONE, Jason A.. *Judicial Strategies for Evaluating the Validity of Guilty Pleas*. In.: *Court Review*, 2023. Disponível em: <https://amjudges.org/publications/courtrv/CR59-2/CR59-2Henderson.pdf>.

FEITOSA DE OLIVEIRA, A.; RIBEIRO MEIRELES, R. O acordo de não persecução penal e o crime continuado. *Boletim IBCCRIM*, [S. l.], v. 30, n. 353, p. 13–15, 2024.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.

FISHER, Talia. The Boundaries of Plea Bargaining: Negotiating the Standard of Proof. In.: *Journal of Criminal Law and Criminology*, Volume 97, Issue 4 Summer, 2007, pp. 943-1008. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40042858>.

FONSECA, CAIO N.D. *O controle judicial no acordo de não persecução penal*. 2022. Dissertação (mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

FREIRE JR., Américo Bedê; LEMGRUBER, Letícia. Os acordos de não persecução penal e cível: permissões e vedações. In: CUNHA, BARROS, SOUZA, CABRAL (coord.). *Acordos de não persecução penal e cível*. Salvador: Juspodivm, 2021.

GARRET, Brandon L.; MITCHELL, Gregory. *Forensics and Fallibility: Comparing the Views of Lawyers and Jurors*. In.: West Virginia Law Review, vol 119, 2016, pp. 621-637. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3874/.

GARRETT, Brandon L. Por que plea bargains não são confissões? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 61-86.

GEBRAN NETO, João P.; ARENHARDT, Bianca G. C; MARONA, Luís F. G. Comentários ao novo inquérito policial. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 297-298; CABRAL, Rodrigo L. F. Manual do acordo de não persecução penal. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. A fase preliminar do processo penal. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOMES DE PINHO, José Antônio; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português?. In.: Rev. Adm. Pública, 43 (6), Dez/2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-76122009000600006>.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. Código de processo penal comentado (livro eletrônico). 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GONTIJO, Maria Letícia N. O acordo de não persecução penal como instrumento da justiça negocial penal – análise dos mecanismos de controle à vontade do Ministério Público. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP), Brasília.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal (uma tentativa de revisão)*. São Paulo: Jorge Bushatsky, 1977.

GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES, Luiz F. Juizados Especiais Criminais. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

GUARAGNI, Fábio A. Impressões sobre a incidência do acordo de não persecução penal (ANPP) nos crimes econômicos. In: MADEIRA, BADARÓ, SCHIETTI CRUZ (coord.). Código de Processo Penal. Vol. 1. São Paulo: RT, 2021.

HENDERSON, Kelsey S.; FOUNTAIN, Erika N.; REDLICH, Allison D.; CANTONE, Jason A.. *Judicial Strategies for Evaluating the Validity of Guilty Pleas*. In.: Court Review, 2023. Disponível em: <https://amjudges.org/publications/courtrv/CR59-2/CR59-2Henderson.pdf>.

HILLEN, Gabriel. O controle judicial de validade do acordo de colaboração premiada. 1ª ed. São Paulo. Marcial Pons. 2024.

HOSKINS, Zachary; DUFF, Antony. Legal Punishment. *In.*: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Spring, 2024 Edition, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.). Disponível em <https://plato.stanford.edu/archives/spr2024/entries/legal-punishment/>. Acesso: 07 set 2025.

JOHNSON, Thea. Lying at Plea Bargaining. *In.*: Georgia State University Law Review, Volume 38, Issue 3, Spring 2022. Disponível em: <https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol38/iss3/8>. Acesso: 12 set 2025.

KIRCHER, Luis Felipe Schneider. Justiça penal negocial e verdade: há algum tipo de conciliação possível? In: SALGADO, Daniel; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos. Salvador: JusPodivm, 2022.

LANGER, Maximo. Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure. *In.*: American Journal of Criminal Law, Austin, v. 33, p. 223-299, 2006.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Por que os inocentes celebram acordos com reconhecimento de culpa?. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coords.). Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

LEE, Seung-Hee. *The Scales of Justice: Balancing Neutrality and Efficiency in Plea-Bargaining Encounters*. *In.*: Discourse & Society, Vol 16(1), 2005, pp. 33-54. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/42888661>.

LEITE, Rosimeire Ventura. Justiça consensual e efetividade do processo penal. São Paulo: DelRey, 2013.

LIMA, Camile Eltz de; BERTONI, Felipe Faoro. Crimes culposos. In: WUNDERLICH, Alexandre; MARTINS-COSTA, Antônio; LIMA, Camile Eltz de; OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de; BERTONI, Felipe Faoro; RAMOS, Marcelo Butteli; CANTERJI, Rafael Braude. Acordo de não persecução penal e colaboração premiada após a Lei Anticrime. 1. ed. São Paulo: TIRANT lo Blanch, 2022.

MADURO, André Mirza. Acesso aos autos na colaboração premiada. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

MAIS, Carlo V. O acordo de não persecução penal como ferramenta político – criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. *In.*: Revista da Defensoria Pública, n. 26, p. 264-293, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. In: CANOTILHO, J.J.Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Org.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP).

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MARTINS, R.; FELIPPE XAVIER JANUÁRIO, T. . A (in)compatibilidade do requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime nos acordos de não persecução penal / The (in)compatibility of the requirement of necessity and sufficiency to the prevention and reprobation of crime.. *Revista Científica do CPJM*, [S. l.], v. 2, n. 05, p. 177–224, 2022.

MATOS, Francisco T.; NUNES, Mariana M.; VASCONCELLOS, Vinicius G. O juízo de prelibação na fase homologatória dos acordos de colaboração premiada: controle a partir das balizas fixadas no art. 3º-B, § 4º, da lei nº 12.850/2013. *In.: Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 23, n. 2, p. 494, mai./ago. 2022. <https://doi.org/10.12957/redp.2022.64617>.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MENDONÇA, Andrey B. Acordo de não persecução penal e o pacote anticrime (Lei 13.964/2019). *In: GONÇALVES, Antonio B. (coord.). Lei anticrime*. São Paulo: RT, 2020.

MENDONÇA, Andrey B. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. *In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord.). Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 7. ed. São Paulo:Atlas, 2020.

MESSIAS, Mauro. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a Ação Penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NOBLES, Richard; SCHIFF, David. The Supervision of Guilty Pleas by the Court of Appeal of England & Wales. *In.: Criminal Law Forum*, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10609-020-09400-2>.

NOGUEIRA, Thúlio Guilherme Silva. *Entre o incentivo e a coerção nos acordos penais. A necessidade de estruturação de critérios de voluntariedade*. São Paulo: Marcial Pons, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito*. Defesa: Curitiba, 10/08/2012.

OLIVEIRA, Décio Viégas. As hipóteses excepcionais de cabimento do Acordo de Não Persecução Penal no decorrer do processo criminal. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 83, p.19-33, jan./mar. 2022.

OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de; CANTERJI, Rafael Braude. Ausência de anterior de transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal. In: WUNDERLICH, Alexandre; MARTINS-COSTA, Antônio; LIMA, Camile Eltz de; OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de; BERTONI, Felipe Faoro; RAMOS, Marcelo Butteli; CANTERJI, Rafael Braude. *Acordo de não persecução penal e colaboração premiada após a Lei Anticrime*. 1. ed. São Paulo: TIRANT lo Blanch, 2022.

ORTMAN, Williams. *When Plea Bargaining Became Normal*. In.: Boston University Law Review, vol 100, 2020, pp. 1435-1499. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3381772.

PEREIRA, Eliomar da Silva. A jurisdição penal no estado de direito: a divisão intraprocessual do poder punitivo. In.: Law of Justice Journal, v. 35, n. 3, 2021.

PEREZ, S. C.; PASCOLATI JUNIOR, U. A. Controle judicial nos casos de recusa do ministério público ao oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal. Boletim IBCCRIM, v29, n.348, p.8, 2024. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1384. Acesso em: 29 abr. 2025.

PINTO, Ana Beatriz da Silva; MENON, Gustavo. A eficácia do acordo de não persecução penal aos crimes de racismo: uma análise do RHC 222.599/SC do Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, [S. l.], v. 11, n. 1, 2025. DOI: 10.22197/rbdpp.v11i1.1005. Disponível em: <https://rbdpp.emnuvens.com.br/RBDPP/article/view/1005>. Acesso em: 29 abr. 2025.

REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. *A rescisão do acordo de colaboração premiada a partir do sistema de garantias constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões Necessárias. In.: *Rbdpp: Revista Brasileira de Direito Processual*. DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.347>.

ROSA, Alexandre Morais da; ROSA, Luísa W.; BERMUDEZ, André L. *Como negociar o acordo de não persecução penal: limites e possibilidades*. Florianópolis: EModara, 2021.

RYAN, John Paul; ALFINI, James J.. *Trial Judges' Participation in Plea Bargaining: An Empirical Perspective*. In.: Law & Society Review, Volume 13, Issue 2, Winter 1979, pp. 479-507. DOI: <https://doi.org/10.2307/3053265>.

SAAD, Marta. Exercício do Direito de Defesa no Inquérito Policial. Boletim IBCCRIM, Ano 14, nº 166, setembro, 2006.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SOARES FILHO, Sidney; LEITÃO, Iuri Rocha. *Variações na aplicação dos ANPPs em Maracanaú/CE* (RBDPP, 2024). DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i3.969>.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Comentários ao Pacote Anticrime*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2022.

SCHIETTI CRUZ, Rogério; MONTEIRO, Eduardo Martins Neiva. *ANPP: aspectos gerais e observações sobre a confissão extrajudicial* (RBDPP, 2024). DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.907>.

SCHMITT JUNIOR, Leoberto Simão. *Justiça Penal Negociada. Diretrizes e limites da atividade judicial*. Porto Alegre: CDS, 2024.

SCHUR, Edwin M. *Interpreting deviance: a sociological introduction*. New York: Harper & Row Publishers, 1979. Tradução livre.

SILVA, Franklin R.A. Os acordos de não persecução penal e o comportamento da defensoria pública na assistência jurídica. *Revista da Defensoria Pública*, n. 26, p. 367-422, 2020.

SOARES, Júlia de Moraes; ACHA, Fernanda Rosa. Exigência de confissão no acordo de não persecução penal. *In.: Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*. São Paulo, v.8.n.10. out. 2022. DOI: <https://doi.org/10.51891/rease.v8i10.7019>. Acesso: 12 set 2025.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. 2019. 700 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

SOUZA, Mariana M. Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco? *In: MENDES, Soraia da Rosa (Org.). A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016.

SUXBERGER, Antonio H.G. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. Brasília: Fundação Escola, 2019.

SUXBERGER, Antônio H.G.; MELLO, Gabriela S.J.V. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan./abr. 2017.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: alternativa à judicialização do caso penal*. *In.: BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó (coord.). Acordos de não persecução penal e cível*. Salvador: JusPodivm, 2021.

TERRA, Luiza B. Aspectos da voluntariedade da delação premiada: a questão do delator preso provisoriamente. *In: GOMES; SILVA; MANDARINO (orgs.). Colaboração premiada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

TUCCI, Rogério Lauria. *Devido processo penal e alguns dos seus mais importantes corolários*. *In.: Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S. l.], v. 88, p. 464, 1993.

TULKENS, Françoise. *Negotiated justice*. *In.: Delmas-Marty, Mirelle; Spencer, J. R. European criminal procedures*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 642-645.

TURNER, Jenia I.. Transparency in Plea Bargaining. *In.*: Notre Dame L. Rev., volume 96, issue 3, 2021, pp. 973-1024. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol96/iss3/2/>.

TURNER, Jenia Iontcheva. Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View. *In.*: The American Journal of Comparative Law, v. 54, n. 4, 2006.

VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

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

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; TRAJANO, Larissa Cristina Vieira. *ANPP e o poder negocial do MP: entrevistas com Promotores do MPDFT* (Rev. Direito e Práx., 2025). DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2025/81821>.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. “Justiça Negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil” – propostas para limitação normativa aos acordos e à atuação judicial no controle de suficiência probatória para homologação. *In.*: Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 175. ano 29. p. 343-360. São Paulo: Ed. RT, janeiro/2021. p. 346-347.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.p. 85.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no Processo Penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial e direito de defesa: os acordos no processo penal e seus limites necessários. *In.*: Boletim IBCCRIM, ano 29, nº 344, julho/2021, ISSN 1676-3661, pp. 7-9. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/721. Acesso: 28 set. 2025.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; PAZ, Camylla Moreira da. O controle judicial para homologação do acordo de não persecução penal: pesquisa empírica nas varas criminais de Goiânia/GO. Revista De Estudos Empíricos Em Direito, 11.p. 03. <https://doi.org/10.19092/reed.v11.885>.

VELEDA, Diana. *La decisión sobre la quaestio facti en los acuerdos de culpabilidad*. *In.*: Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, N. 2 | 2021, pp. 155-184, Madrid, 2021. DOI: https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22461.

VIEIRA, Renato Stanziola. Controle na obtenção de elementos de prova e sua admissibilidade no processo penal brasileiro. São Paulo, 2020. Tese (Doutorado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

VIEIRA, Renato Stanziola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, maio/set. 2018.

WEIGEND, Thomas. Exclusion without trial? Exclusion of evidence and abbreviated procedures. *In.*: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n. 1. 2021.

WORDEN, Alissa Pollitz. The judge’s role in plea bargaining: An analysis of judges’ agreement with prosecutors’ sentencing recommendations. *In.*: *Justice Quarterly*, 1995, 12:2, pp. 257-278. DOI: <http://dx.doi.org/10.1080/07418829500092671>.

WUNDERLICH, A.; LIMA, C. E. de; MARTINS-COSTA, A.; RAMOS, M. B. Acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, p. 49–50, 2020.

WUNDERLICH, Alexandre; MARTINS-COSTA, Antônio; LIMA, Camile Eltz de.; OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de; BERTONI, Felipe Faoro; RAMOS, Marcelo Buttelli; CANTERJI, Rafael Braude. *Acordo de não persecução penal e colaboração premiada após a Lei Anticrime*. 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

APÊNDICE – CARTA À BANCA EXAMINADORA

Brasília/DF, 08 de dezembro de 2025.

Prezados membros da Banca Examinadora,

Escrevo com grande respeito e gratidão, lembrando a construtiva sessão de qualificação de minha tese de doutorado, realizada em 20 de fevereiro de 2025. As observações, críticas e sugestões formuladas naquela oportunidade foram essenciais para uma reavaliação fundamental e um fortalecimento dos argumentos centrais que estruturam este trabalho. A orientação de todos foi indispensável para a maturação da pesquisa, elevando-a de um diagnóstico crítico a uma proposta teórica e normativa consolidada.

O objetivo desta carta é apresentar de forma sistemática o caminho percorrido pela tese desde a sua versão preliminar até o texto final submetido à vossa apreciação, detalhando os aprimoramentos implementados, demonstrando como cada recomendação da banca acolhida foi implementada e, por fim, sintetizando os achados consolidados da pesquisa.

A transição da versão de qualificação para a versão final da tese foi marcada por uma profunda reestruturação, tanto em sua lógica argumentativa quanto em seu embasamento teórico e empírico, refletindo diretamente o acolhimento das diretrizes da banca.

A crítica mais contundente, apresentada pelo Professor Doutor Felipe De-Lorenzi, foi a de que a tese partia de uma “hipótese implícita de que se deve ampliar o controle judicial do ANPP”, sem, contudo, “dar um passo atrás e justificar a correção dessa hipótese”. Acolhendo integralmente essa diretriz, a versão final da tese promove uma completa refundação de seu ponto de partida. O Capítulo 1 foi integralmente reestruturado, seguindo a sequência lógica sugerida. Foi criada uma seção inaugural, “1.1 A importância da jurisdicionalidade em âmbito penal”, que se dedica a responder à pergunta fundamental levantada pela banca: “por que é importante o controle judicial do ANPP?”. Essa seção estabelece a premissa teórica de que a jurisdicionalidade é uma condição de legitimidade do exercício do poder punitivo, mesmo em contextos negociais. A partir dessa base, o capítulo progride de forma dedutiva, abordando o protagonismo das partes, a distinção dos acordos penais e os três pilares do controle judicial

que a tese defende: voluntariedade, legalidade e base fático-probatória. Assim, a premissa que antes era implícita transformou-se no argumento explícito que fundamenta toda a investigação.

Atendendo à observação da Professora Doutora Clarissa da necessidade de maior rigor na definição de conceitos basilares como “pena” e “discricionariedade”, a versão final da tese se dedica a delimitar esses termos de forma estratégica. Na seção 1.1, adota-se uma compreensão pragmática de “pena”, focada em evitar a imposição de penas privativas de liberdade. De modo similar, a discussão sobre a discricionariedade do Ministério Público, agora aprofundada na Seção 1.6, é qualificada como um poder-dever vinculado à legalidade, cujos limites devem ser passíveis de controle jurisdicional para coibir arbitrariedades e o fenômeno do excesso acusatório (*overcharging*).

Os Professores Doutores Ademar, Clarissa e Denise destacaram a importância de fortalecer o embasamento teórico e empírico da tese, que na qualificação foi percebida como excessivamente teórica, diagnosticando riscos sem apresentar dados concretos. A versão final acolheu amplamente essas recomendações. O diálogo com a literatura foi expandido, incorporando as obras e os autores especificamente sugeridos. Mais importante, a tese passou de um diagnóstico puramente teórico para uma análise fundamentada em evidências. A Seção 5.1 (“Justificativas para a proposta legislativa”) agora se baseia de forma robusta nos dados do relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e de outras pesquisas empíricas para demonstrar os problemas concretos do modelo atual: a falta de uniformidade, o caráter de “contrato de adesão”, a inconsistência na realização das audiências e a ausência de protocolos para o controle judicial. Ao alicerçar a crítica em dados da realidade, a tese fortalece a legitimidade e a necessidade da reforma proposta.

Outra crítica relevante, levantada pelos Professores Doutores Felipe De-Lorenzi e Vinicius Vasconcellos, questionou a necessidade da criação de um incidente processual para as tratativas do ANPP, sugerindo que uma solução mais simples seria deslocar o momento do acordo para após o recebimento da denúncia. A versão final da tese enfrenta diretamente essa objeção, aprofundando a justificativa para a proposta do incidente (agora positivado no art. 28-B da proposta legislativa). O argumento central é que a principal virtude do incidente é sua natureza *preventiva*. Ele funciona como um filtro *pré-acusatório*, que submete a própria decisão de perseguir ou acordar a um contraditório mínimo e à supervisão judicial, garantindo um equilíbrio da assimetria de poder *antes* que o investigado seja formalmente acusado.

Ainda em relação às sugestões do Professor Doutor Felipe, outro ponto central foi a solução para o dilema da confissão. A versão de qualificação propunha “restringir os efeitos da confissão”, o que foi questionado. Diante da impossibilidade de simplesmente excluir um requisito legal, a versão final avança para uma proposta jurídica inovadora: a redefinição da confissão como um requisito condicional de procedibilidade. Ao tratá-la como uma condição, a existência jurídica da confissão passa a estar vinculada ao sucesso do acordo. Caso o ANPP seja rescindido, a condição falha, e o ato da confissão se torna uma nulidade jurídica para todos os demais fins, em linha com o que defendem outros autores.

Acolhendo a sensível ponderação da Professora Doutora Denise, também foram incluídas discussões sobre o papel da vítima e o impacto do ANPP em populações vulneráveis, integrando essas dimensões à justificativa para um controle judicial mais robusto e socialmente consciente.

Em resumo, a versão inicial da tese consistia em um diagnóstico crítico dos riscos do ANPP. O diálogo com a banca foi o ponto de inflexão que transformou a pesquisa em um trabalho prescritivo, que não apenas critica, mas propõe. O caminho percorrido foi o de mover-se de preocupações abstratas para problemas empiricamente verificados, com a incorporação dos dados do CNJ; de uma estrutura argumentativa fragmentada para uma arquitetura lógica e coesa; e de um esboço de reforma para uma proposta legislativa plenamente articulada e detalhada.

Os achados finais da tese consolidam a premissa de que um consenso válido no ANPP só é alcançável por meio de um controle judicial tripartite e substancial, que incida sobre a voluntariedade, a legalidade e, como condição prévia, a base fático-probatória da imputação. A contribuição original da pesquisa reside na tradução dessa conclusão teórica em uma proposta normativa concreta: a criação do incidente processual autônomo (art. 28-B) e a redefinição da confissão como requisito condicional de procedibilidade (art. 28-A, §§ 3º e 4º).

Reitero, por fim, meus mais sinceros agradecimentos a esta Banca Examinadora. O rigor e a profundidade foram fundamentais para a elevação da qualidade desta tese. O trabalho que submeto à vossa avaliação final é, em grande medida, fruto do exitoso diálogo acadêmico que tivemos a oportunidade de travar.